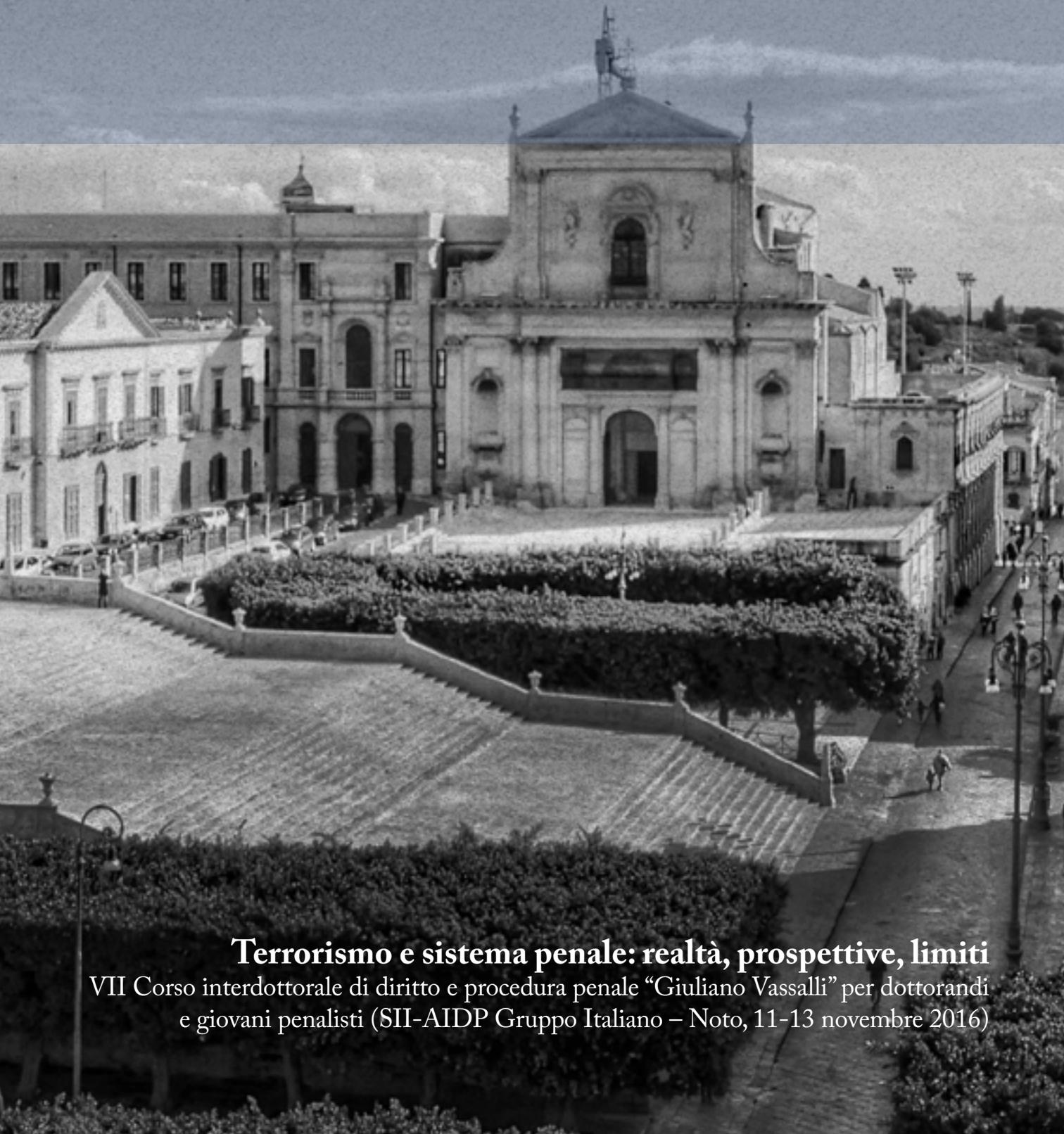




Rivista Trimestrale - 1/2017

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti

VII Corso interdottoale di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti (SII-AIDP Gruppo Italiano – Noto, 11-13 novembre 2016)

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray,
Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Tommaso Trincherà, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Ennio Amodio, Francesco Angioni,
Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli,
Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari,
Francesco Caprioli, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo,
Mario Chiavario, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro,
Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani,
Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso,
Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda,
Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus,
Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,
Vincenzo Militello, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Renzo Orlandi,
Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Daniela Piana, Lorenzo Picotti,
Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Paolo Renon, Mario Romano,
Giacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta,
Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis,
Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita – unitamente all'omonima rivista quotidiana – dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di peer review. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, created by the joint initiative of Luca Santa Maria, who conceived and funded the initiative, and Francesco Viganò, who has been its director right from the start, in the context of a partnership involving professors, lecturers and researchers from the criminal science section of the "C. Beccaria" Department of the "Università degli Studi di Milano". The review is currently edited by the "Diritto penale contemporaneo" association, whose president is Mr. Santa Maria, criminal law attorney in Milan, and whose scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from many other universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals – judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" are attributed to the authors under a *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a peer review procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the reviewers, selected on a rotational basis and according to their specific competence among the members of the Advisory Board.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two peer reviewers, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law reviews. A work is published only if it is approved by both reviewers. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the peer review procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE	In questo numero	1
	Francesco Viganò	
LA PREVENZIONE DEL TERRORISMO FRA ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA PENALE E MISURE AMMINISTRATIVE DI POLIZIA	Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Presentazione del corso	3
	Vincenzo Militello	
	Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti - Introduzione agli atti	11
	Enrico Cottu, Francesco Mazzacuva	
	L'illecito penale costruito <i>ex latere subjecti</i>: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto	14
	Lorenzo Brizi	
	L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione	26
	Edoardo Mazzanti	
	Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione	44
	Giuseppe Marino	
	Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto	53
	Chiara Battaglini	
	La resistibile ascesa del segreto di stato: tra <i>salus rei publicae</i>, «nero sipario» e strisciante impunità	69
	Marco Malerba	
LA RILEVANZA DELLE FORME DI PARTECIPAZIONE E DI SUPPORTO AL TERRORISMO	I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all'esecuzione del programma criminoso	81
	Luca D'Agostino	
	Il contrasto al finanziamento del terrorismo	96
	Valentina Aragona	
	Le modifiche agli artt. 270-<i>quater</i> e <i>quinquies</i> del codice penale per il contrasto al terrorismo	107
	Andrea Presotto	

	La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale	115
	Maria Valérie Nardi	
TERRORISMO E PROCESSO PENALE	La "debole" concentrazione distrettuale delle indagini in materia di terrorismo	133
	Giuseppe Schena	
	La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo	141
	Bianca Agostini	
	La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo	149
	Caroline Peloso	
	La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee	162
	Valeria Spinosa	
	Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni	169
	Guido Colaiacovo	
LE SANZIONI IN MATERIA DI TERRORISMO ED I PROFILI INTERNAZIONALI	La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo	176
	Francesco Rossi	
	Altre "soavi inquisizioni": le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo	191
	Enrico Cottu	
	Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità e esigenze di effettività	208
	Rossella Sabia	
	Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell'interpretazione conforme	226
	Susanna Crispino	
	Limiti all'estradizione per reati di terrorismo davanti agli obblighi di tutela dei diritti umani	239
	Beatrice Gornati	
	Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi	249
	Lorenzo Picotti	

<i>EDITORIAL</i>	In This Issue	1
	Francesco Viganò	
<i>PREVENTION OF TERRORISM BETWEEN PRECURSOR CRIMES AND PREVENTIVE ADMINISTRATIVE MEASURES</i>	Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits - Presentation of the Training Course	3
	Vincenzo Militello	
	Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits - Introduction to the Conference Proceedings	11
	Enrico Cottu, Francesco Mazzacuva	
	The Criminal Offence <i>Ex Latere Subjecti</i>: the “Scope of Terrorism” Testing the Criminal Law Offense	14
	Lorenzo Brizi	
	Glorification of Islamic Terrorism in Criminal Justice and Immigration Law	26
	Edoardo Mazzanti	
	The “Terrorist” Status: Between Symbolism and Advancement	44
	Giuseppe Marino	
	Asset Freezing with the Aim of Preventing Terrorism and Fundamental Rights	53
	Chiara Battaglini	
	The Resistible Rise of the State Secret: Between <i>Salus Rei Publicae</i>, the «Black Curtain» and Creeping Impunity	69
	Marco Malerba	
<i>PARTICIPATION IN AND SUPPORT TO TERRORISM</i>	Application Limits in Joining the Terrorist Association: Psychological Acceptance and Causal Contributions in the Carrying Out of a Criminal Plan	81
	Luca D’Agostino	
	The Fight Against Financing Terrorism	96
	Valentina Aragona	
	Amendments to Article 270-<i>quater</i> and <i>quinquies</i> of the Italian Penal Code in the Fight Against Terrorism	107
	Andrea Presotto	

TERRORISM AND
CRIMINAL PROCESS

The Punishment of Incitement in the Fight Against International Terrorism	115
Valérie Nardi	

The “Weak” District Confluence of Investigations on Terrorism	133
Giuseppe Schena	

The Legal Framework on Preventive Wiretapping for Counter-Terrorism Objectives	141
Bianca Agostini	

Privacy Protection in the Era of New Technologies: the Case of I.T. Sensors for Telephone Wiretapping Operations Against Terrorism	149
Caroline Peloso	

Judicial Cooperation Against Terrorism in the European Union and Case Law from the European Courts	162
Valeria Spinosa	

New Perspectives on Coordination of Investigations and Judicial Cooperation in Light of Italian Legislation on Joint Investigation Teams	169
Guido Colaiacovo	

SANCTIONS AGAINST
TERRORISM AND
SUPRANATIONAL LAW

The Circular Relationship of National Models in the European Harmonization of Counter-terrorism Criminal Legislation	176
Francesco Rossi	

Further “Mild Inquisitions”: Extenuating Punishment as a Reward Paradigm in the Contemporary War on Terrorism	191
Enrico Cottu	

Terrorism Offenses and Corporate Criminal Liability: Legality and Effectiveness	208
Rossella Sabia	

The Purpose of Terrorism, Interpretive Aspects and the Role of Consistent Interpretation	226
Susanna Crispino	

Limits to Extradition for Terrorism Offences in the Presence of Obligations to Protect Human Rights	239
Beatrice Gornati	

Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits - Final report	249
Lorenzo Picotti	

1

In questo numero
Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

FRANCESCO VIGANÒ

Ordinario di Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

Con questo numero inaugurale del 2017, la nostra *Rivista trimestrale* prosegue con grande piacere la tradizione di ospitare le relazioni presentate all'ultimo corso di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti organizzato congiuntamente dalla sezione italiana dell'Association Internationale de Droit Pénal e dal Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights (SII); un corso giunto ormai alla settima edizione e svoltosi nel novembre dello scorso anno nella meravigliosa cornice barocca di Noto, alla cui piazza principale abbiamo voluto dedicare la copertina di questo volume.

Tutte le relazioni ruotano attorno al tema del contrasto al terrorismo, in particolare di matrice islamico-fondamentalistica, che oggi giustamente allarma le opinioni pubbliche di tutto il mondo e che ha provocato una valanga di risposte a livello nazionale e internazionale, per il vero non sempre composte e coerenti tra loro.

Rinviando per ogni considerazione sul merito delle questioni affrontate alle introduzioni di Vincenzo Militello, Enrico Cottu e Francesco Mazzacuva, nonché alla relazione di sintesi di Lorenzo Picotti che chiude questa raccolta, mi resta qui solo da sottolineare il valore dei contributi dei nostri giovani studiosi qui rappresentati, dai quali dipenderà in ultima analisi il futuro della scienza penalistica italiana: chiamata sempre più a confrontarsi con problemi difficili, che esigono approccio interdisciplinare, sensibilità politica e sociale, ma anche saggezza e rigore nella difesa di principi irrinunciabili di civiltà, da tenere fermi anche di fronte alle spinte emotive determinate da eventi come – da ultimo – quelli della strage di Manchester, le cui immagini tragiche ho ancora davanti agli occhi mentre scrivo queste righe.

Tutti i contributi, con l'eccezione di quelli dei Proff. Militello e Picotti che aprono e chiudono la raccolta, sono stati sottoposti alla nostra consueta procedura di *peer review*.

LA PREVENZIONE DEL TERRORISMO
PREVENTION OF TERRORISM

-
- 3** **Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Presentazione del corso**
Vincenzo Militello
-
- 11** **Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti - Introduzione agli atti**
Enrico Cottu, Francesco Mazzacuva
-
- 14** **L'illecito penale costruito *ex latere subjecti*: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto**
Lorenzo Brizi
-
- 26** **L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione**
Edoardo Mazzanti
-
- 44** **Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione**
Giuseppe Marino
-
- 53** **Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto**
Chiara Battaglini
-
- 69** **La resistibile ascesa del segreto di stato: tra *salus rei publicae*, «nero sipario» e strisciante impunità**
Marco Malerba

Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti

Presentazione del VII Corso interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti (SII-AIDP Gruppo Italiano – Noto, 11-13 novembre 2016)

Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits

Presentation of the 7th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates and Young Penalists (SII-AIDP Italian Group – Noto, 11-13 November 2016)

VINCENZO MILITELLO

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Palermo

TERRORISMO, DIRITTO PENALE,
PROCEDURA PENALE

TERRORISM, CRIMINAL LAW,
CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Il testo riproduce la relazione introduttiva al VII Corso "Giuliano Vassalli" per dottorandi, svoltosi a Noto nel 2016, integrandola con i riferimenti alla struttura dell'iniziativa e ai temi affrontati nel corso dei lavori e poi oggetto dei contributi di seguito pubblicati.

This paper contains the introductory remarks to the 7th Training Course "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates, held in Noto in 2016. The remarks are supplemented by references to the structure of the event and to the topics covered, which will be considered in the following contributions.

SOMMARIO

1. Intersezioni. – 2. Figure. – 2.1. Il terrorista “interno”. – 2.2. Il terrorista “internazionale”. – 2.3. Il terrorista “mobile”. – 3. Contesto – 4. Apporti.

1.

1. Intersezioni.

Che il fenomeno terroristico, al di là della complessità delle cause, della varietà delle manifestazioni, della diffusività degli effetti, abbia rappresentato un potente fattore per l'espansione del diritto penale contemporaneo è un dato di evidenza comune. Lo stillicidio di attacchi stragisti in paesi diversi, la comunicazione globale delle relative notizie, il problematico collegamento con questioni strutturali del mondo contemporaneo, come la mobilità delle persone, sono i principali fattori che hanno attratto l'intervento penale in materia, a fianco peraltro di diverse modalità di risposta al fenomeno, di tipo amministrativo ed anche militare¹. Secondo un ormai diffuso modello di creazione normativa di tipo “integrato”, o forse meglio “stratificato”, la relativa attività normativa si è articolata a diversi livelli ordinamentali, tanto quello globale delle Nazioni Unite, quanto nella dimensione europea, fino all'ambito nazionale².

L'incidenza delle innovazioni normative connesse al contrasto del terrorismo rispetto ai caratteri tradizionali del sistema penale è stata per qualità e quantità tale da non trovare paragoni rispetto ad altre recenti direttrici di intervento del legislatore, pure rivolte a fronteggiare nuovi problemi politico-criminali, dall'ambiente agli stupefacenti, dalla sicurezza sul lavoro ai mercati finanziari. Solo il settore della criminalità organizzata, e da noi mafiosa in specie, presenta un parallelismo significativo in proposito, che si manifesta in molteplici profili dei rispettivi interventi di contrasto³: già sul piano delle fonti normative utilizzate, per un verso il frequente ricorso al decreto legge, come strumento per assicurare una risposta urgente alle esigenze di volta in volta avvertite, e per altro verso la già segnalata incidenza delle fonti sovranazionali; il preliminare problema definitorio del fenomeno ai fini di individuare la portata delle conseguenti misure; l'applicabilità della nuova nozione di criminalità transnazionale ad alcune delle più significative fra le rispettive manifestazioni; il ruolo comune dei reati a carattere associativo; l'anticipazione della soglia di rilevanza penale, fino a comprendervi atti preparatori di altre condotte penalmente rilevanti; la neutralizzazione dei responsabili sottoposti a pene, anche con forme di limitazione dei regimi penitenziari; l'estensione delle misure personali e patrimoniali di prevenzione; la rilevanza di regimi processuali particolari, come le intercettazioni o le misure cautelari; l'inasprimento sanzionatorio, tanto rispetto al livello edittale di base, quanto mediante circostanze *ad hoc*, che si coniuga d'altra parte alla premialità per particolari condotte di collaborazione.

Nell'insieme, la logica che sostiene modifiche tanto vaste e incisive è quella di contrastare in modo più efficace i fenomeni di riferimento, avvertiti come grave emergenza per la stessa convivenza civile. Assunto più o meno implicito ne è l'inadeguatezza del quadro normativo tradizionale ad assicurare la difesa di beni individuali e collettivi di primario rilievo, anche costituzionale, rispetto alle nuove forme di offese che caratterizzano le suddette manifestazioni criminali. L'accento posto sull'efficacia conduce a una rivisitazione del punto di compromesso con il quadro di garanzie tipiche del diritto penale liberale, il che implica inevitabilmente interrogativi tanto sulla legittimità della corrispondente ridefinizione della portata dei molteplici diritti fondamentali coinvolti, quanto sulla tenuta dei principi penalistici che tradizional-

¹ Per tale pluralità di interventi, ad es. SAUL, *Old and New Terrorist Threats: what form will they Take and How will State Respond?*, in *Globalization and Its Impact on the Future of Human Rights and International Criminal Justice*, Bassiouni (ed.), Cambridge, 2015, 281 s.

² REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. Pen.*, 2004, 1173 s.; DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, 2010; MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 77 s., 117 s., 204 s.; FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 140 s., 340 s. V. anche L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, 135 s., 177 s. Più in generale, per i riflessi di tale nuova articolazione normativa sull'attuale scienza penalistica, cfr. se si vuole MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *RIDPP* 2014, 107 s.

³ Per l'analogia ad es. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 737, 745 s.; VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale, tra "diritto penale del nemico" e legittimi bilanciamenti*, in *Studi urbinati*, 2007, 336 s., 345; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 149 s. (il quale aggiunge anche le “differenze molto significative” fra le due tipologie criminali); BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività, riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.* 2009, 2216 s.; MASARONE, *Politica*, cit., 188 s.

mente connotano i sistemi di giustizia penale negli stati di diritto⁴.

Più che un abbandono del volto tradizionale del sistema penale, il quale non cancella del tutto i suoi tratti costitutivi quanto a principi generali, impianto codicistico e tavola dei beni tutelati, si delinea quantomeno una sua trasformazione, nel senso di una rottura della sua immagine unitaria, pressata dall'emersione di diversi sottosistemi normativi sorretti da logiche speciali e diverse rispetto al ceppo principale⁵.

Si tratta peraltro di un processo più vasto di quello collegato alle modifiche introdotte in materia di terrorismo e che segna il tramonto di una struttura del sistema penale rigorosamente piramidale, sul piano delle fonti normative e della coerenza interna, e il passaggio a un corpo normativo segmentato in vari settori a seconda dei fenomeni di volta in volta regolati, in cui lo stesso ruolo del codice come "principio ordinatore" del sistema viene messo in discussione, per preferire forme di razionalizzazione interna ai vari sottosistemi normativi⁶.

Su questo sfondo di parcellizzazione della risposta penale a seconda dei vari ambiti di intervento, la tematica del terrorismo si innesta con tratti caratterizzanti, a partire dalla possibilità di rintracciare un volto da nemico nell'immagine del soggetto di riferimento, tanto rispetto alla rappresentazione del fenomeno nella relativa normativa di contrasto. Se l'idea di un diritto penale del nemico, nella sua versione più rigorosa, non è compatibile con non pochi fondamenti costituzionali del nostro sistema giuridico, deve d'altra parte riconoscersi che gli autori di azioni terroristiche esemplificano nel modo più chiaro la figura del "delinquente per convinzione"⁷. Essi pongono così problemi specifici e delicati rispetto alla strategia politico-criminale da seguire, già rispetto alla conformazione degli strumenti tipicamente penalistici e alla relativa applicazione.

2.

Figure.

Le specialità della materia si sono andate evidenziando nel tempo e nei contenuti, secondo un percorso che si snoda in una successione delle diverse figure di riferimento. Nella prima fase, protagonista è il terrorismo interno, a carattere essenzialmente nazionale, che nel nostro ordinamento si colloca a partire dagli anni '70 del secolo scorso come risposta ai gravi atti di violenza riconducibili a movimenti come le Brigate Rosse e Ordine Nuovo. Forti analogie si rinvengono peraltro in altre realtà nazionali o in gruppi ideologicamente caratterizzati (in Germania *Rote Armee Fraktion*, in Francia *Action Directe*) o anche a spiccato carattere indipendentista (in Spagna *ETA*, in Irlanda *IRA*). La seconda fase è dominata dall'irrompere del terrorismo internazionale e si avvia con i fatti dell'11 settembre 2001, il cui valore simbolico globale è anche connesso al loro fare irrompere al massimo grado componenti non nazionali nella pur variegata fenomenologia terroristica. Nell'evoluzione più recente, le due dimensioni – interna e internazionale – si incrociano in modo da rendere sempre più difficile una netta distinzione della fonte della minaccia, che si muove ormai nella nuova dimensione spaziale aperta dalla globalizzazione: il rischio terroristico diventa per così dire ubiquitario.

Si tratta di una selezione di figure idealtipiche, che non sono espressamente richiamate in quanto tali dalle norme penali o processuali. Esse semmai rimangono, per così dire, dietro le quinte degli interventi normativi succedutisi nel tempo, e al più si colgono indirettamente nelle parti che esplicano le rispettive ragioni politico-criminali (relazioni illustrative, considerando iniziali, documenti programmatici). La loro messa a fuoco assume peraltro interesse non

⁴ Fra i molti, cfr. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, 674 s.; PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Speciale Quest. Giust.*, 2016, 38 s.; TERRADILLOS BASOCO, *El Estado de derecho y el fenomeno del terrorismo*, in *Terrorismo y estado de derecho*, Serrano-Piedecasas-Crespo (dir.), Madrid, 2010, 271 s.

⁵ Una "specialità" rispetto al codice penale che ha peraltro significati differenziati, solo uno dei quali è connesso all'emergenza rappresentata dalla criminalità organizzata e terroristica: cfr. già PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 9 s.

⁶ Cfr. FIANDACA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 256 s.; ID., *In tema di rapporti fra codice e legislazione penale complementare*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 137 s. 141. V. anche LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, 29 s. Sugli interrogativi di ridefinizione dei rapporti fra parte generale del diritto penale (e relativo codice) e i diversi corpi normativi in cui si articola la normativa penale recente PALIERO, *Riforma penale e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in *La riforma della parte speciale del diritto penale. Verso la costruzione di modelli comuni a livello europeo*, Papa (cur.), Torino, 2005, 121 s.

⁷ Ancorché in relazione a motivi e finalità disapprovate dall'ordinamento. La relativa rilevanza è dunque opposta ai casi in cui vi sia un apprezzamento del "valore morale e sociale" delle motivazioni dell'azione, come da noi formalizzato nell'art.62 n. cp. e in altri ordinamenti riconosciuto in sede di commisurazione della pena (in Germania ad esempio: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil*, Berlin, 1996, 888).

solo per il collegamento con la realtà empirico-criminologica di riferimento della normativa in materia, ma anche alla luce della problematica riconducibilità di non poche delle relative incriminazioni ai caratteri tradizionali di un diritto penale del fatto e della offesa.

La spinta verso una prevenzione degli atti terroristici attuata anche mediante strumenti penalistici ha indotto l'incriminazione di una serie di condotte - di seguito meglio richiamate - senza che, visto la distanza fra le modalità rilevanti e i rispettivi eventi lesivi finali, si possa in molti casi ragionevolmente individuare un pericolo, non solo concreto, ma neppure astratto o presunto, almeno rispetto ai beni ultimi di tipo individuale come vita ed incolumità personale⁸. A fronte di una tale offensività debole, il relativo disvalore penale finisce per incentrarsi non sulle potenzialità offensive dei comportamenti, ma sulla finalità che l'autore persegue, considerata come foriera di ulteriori attacchi. In questi casi, più che il disvalore della condotta, è dunque quello dell'intenzione che finisce per essere al centro del reato: da qui il rischio che la relativa illiceità si determini in funzione di note soggettive, caratteriali ed, in fondo, dal tipo d'autore del terrorista. Il riferimento alle figure sottese alle norme antiterrorismo succedutesi nel tempo si colloca in un tale scenario, aiutando a mettere a fuoco anche in questa materia i rischi di una deriva verso un diritto penale preventivo fondato sul tipo d'autore⁹.

2.1.

Il terrorista "interno".

In una visione più ravvicinata, ancorché sintetica, del progressivo incedere delle modifiche antiterrorismo in Italia, il percorso normativo si avvia con la rilevanza specifica attribuita al fenomeno del terrorismo, sia pur collocandola prevalentemente all'interno di un settore significativo della parte speciale codicistica come il suo primo libro dedicato ai delitti contro lo Stato¹⁰. Si individuano così nuove incriminazioni o fattori aggravanti che tengono conto della natura collettiva dei relativi attori e delle finalità particolari che li animano: nel codice penale si introducono il *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* (art. 289bis, introdotto art. 2 d.l. 1978/59 conv. mod. l. 1978/191); l'*associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico* (art. 270bis cp. intr. dall'art. 3 d.l. 1979/625 conv. mod. l. 1980/15); l'*attentato per finalità terroristiche o di eversione* (art. 280 cp. come riformulato dall'art. 2 d.l. 1979/625 conv. mod. l. 1980/15).

Esterna al codice e regolata in termini di specialità rispetto al relativo regime di calcolo, si aggiunge la circostanza aggravante comune della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (ex art. 1 l. 1980/15). Si comprende inoltre l'importanza di strumenti premiali per rompere le maglie rigide delle organizzazioni terroristiche (apposite previsioni di favore sono introdotte dall'art. 289bis co. 4 cp. dagli art. 4 e 5 d.l. 1979/625 conv. mod. l. 1980/15, e dalla l. 1984/304).

2.2.

Il terrorista "internazionale".

Benché l'esistenza di collegamenti fra varie organizzazioni terroristiche presenti in singoli stati - specie europei - non fosse sconosciuta anche sul finire del secolo scorso, è solo con gli attentati a New York e Washington del settembre 2001 che si impone all'attenzione globale il terrorismo non più interno, ma internazionale. A livello di interventi normativi non si tratta di una alternativa radicale alla prima fase, in quanto i rispettivi strumenti normativi si intrecciano e si completano, contribuendo così ad ampliare la rilevanza specifica del fenomeno terroristica nel quadro complessivo del sistema penale. Il nuovo corso di considerazione della dimensione internazionale del fenomeno è segnato dall'intitolazione stessa del provvedimento normativo adottato subito dopo l'attacco alle Torri gemelle del settembre 2001: "Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale" (d.l. 2001/374 conv. mod. l. 2001/438). Esso in

⁸ L'insufficienza della logica del pericolo in materia viene ben sottolineata da CANCIO MELIÀ, *Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2012, 4 s.

⁹ Un rischio avvertito in relazione anche ad altri settori: significativo il parallelo ambito del controllo dei migranti. Cfr. ad es. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, 119 s. Sul collegamento fra contrasto al terrorismo e controllo delle frontiere v. anche DI STASIO, *La lotta multilivello*, cit., 199 s.

¹⁰ Sulle relative vicende, cfr. se si vuole MILITELLO, *La riforma dei reati contro lo stato in Italia*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1621 s.

particolare aggiunge alla finalità di terrorismo che connota le relative associazioni anche la direzione dei relativi “atti di violenza ... contro uno Stato estero, un’istituzione o un organismo internazionale” (nuovo co. 3 art. 270^{bis} cp. come riformulato dall’art. 11 d.l. 2001/374 conv. mod. l. 2001/438). Pochi anni dopo, la natura non confinata all’ambito nazionale è ribadita nella definizione recepita, dopo un percorso travagliato anche nel dibattito internazionale, nel nostro ordinamento (art. 270^{sexies} cp. intr. dall’art. 15 co.1 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155).

D’altra parte, in questo periodo si confermano e specificano ulteriormente tendenze già presenti nel sottosistema normativo in esame: la dimensione collettiva degli autori di tali reati si completa estendendo a essi la nuova responsabilità degli enti di cui al d. lgs. 2001/231 (art. 25^{quater} intr. dall’art. 3 l. 2003/7). Si inaspriscono le pene per i fatti collegati ai reati di terrorismo (che aggravano la pena per i reati di istigazione e apologia a essi riferiti: art. 414 co. 4 cp. aggiunto dall’art. 15 co.1 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155). Si anticipa ulteriormente la soglia di rilevanza penale, incriminando condotte specifiche variamente collegate al fenomeno: *assistenza agli associati* (art. 270^{ter} intr. dall’art. 11^{bis} d.l. 2001/374 conv. mod. l. 2001/438); *atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi* (art. 280^{bis} intr. dall’art. 3 l. 2003/34 di ratifica della Convenzione ONU di repressione degli attentati terroristici commessi mediante utilizzo di esplosivo); *arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale* (art. 270^{quater} intr. dall’art. 15 co.1 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155); *addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale* (art. 270^{quinqies} cp. intr. dall’art. 15 co. 1 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155); *Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi* (art. 497^{bis} cp. intr. dall’art. 10 co. 4 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155); espresso riferimento al finanziamento nella tipizzazione delle forme di associazione *ex art. 270^{bis} cp.* (riformulato dal già ricordato art. 11 d.l. 2001/374 conv. mod. l. 2001/438).

Sul versante processuale si incrementano i poteri autorizzativi degli organi inquirenti nelle intercettazioni preventive (art. 4 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155) e più in generale si afferma una tendenza alla degiurisdizionalizzazione, ad esempio in materia di fermo di indiziato di reato e di persona informata sui fatti (art. 349 co. 2^{bis} e 4 cpp. come previsti dall’art. 10 d.l. 2005/144 conv. mod. l. 2005/155).

2.3.

Il terrorista “mobile”.

Da ultimo, alla luce degli attacchi terroristici più recenti, il corso incessante degli interventi normativi sembra dominati da una nuova figura, che sviluppa e in qualche misura coniuga i tratti delle due precedenti: il terrorista interno e, rispettivamente, quello straniero. Ora l’attenzione si sposta nei confronti del terrorista ‘mobile’, come può rappresentarsi il *foreign terrorist fighter*: un soggetto che parte dall’interno di uno Stato per recarsi all’estero, per addestrarsi e combattere, e che poi anche può ritornare sul territorio nazionale, tanto operando attivamente, quanto facendo ulteriore proselitismo.

Il compito di fare terra bruciata alla nuova figura, anche in relazione alle possibili condotte agevolatorie, conferma la stratificazione normativa multilivello della materia: la fase più recente si può fare iniziare dalla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU n. 2178 del settembre 2014, che richiede agli Stati membri di incriminare i combattenti terroristi stranieri, chi li finanzia e chi organizza i relativi viaggi. Tale mandato viene subito adempiuto dall’Italia, all’indomani dell’attacco al settimanale francese ‘*Charlie Hebdo*’, con il d.l. 2015/7, conv. mod. l. 2015/43. Analogamente, nell’ambito del Consiglio d’Europa, il Protocollo addizionale del 2015 alla Convenzione sul terrorismo del 2005, vincola gli Stati Membri alle stesse tipologie di reati previste dalla suddetta Risoluzione ONU (art. 3, 4, 5, 6)¹¹. Il trend politico-criminale trova infine conferma nella recentissima Direttiva UE 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo, che richiama espressamente le precedenti fonti sovranazionali sui combattenti terroristi stranieri e interviene a sua volta con altrettanti obblighi di incriminazione (considerando n. 5 e 12, art. 10, 11, 12).

Pertanto, nel nostro ordinamento l’attenzione alla mobilità del terrorista è presente anche

¹¹ La relativa legge italiana di ratifica (n. 153 del 28.7.2016) si dedica pertanto ad altre incriminazioni di fonte sovranazionale, sempre nel segno dell’ulteriore ampliamento del contrasto alle forme indirette di finanziamento al terrorismo e delle modalità di realizzazione degli attacchi terroristici.

al di fuori dell'ambito delle nuove figure di reato: ad esempio, rispetto alle misure di prevenzione, si estende la possibilità di applicarle ai *'foreign terrorist fighters'* (in specie a coloro che compiano atti preparatori obiettivamente rilevanti "diretti ... a prendere parte a un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche": art. 4 co. 1 lett. d d.lgs, 2011/159, come mod. dall'art. 4 d.l. 2015/7 conv. mod. l. 2015/43). Inoltre, in sede di presentazione della proposta di applicazione delle misure di prevenzione personali, in presenza di necessità e urgenza e a condizione di successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, il Questore può ritirare temporaneamente il passaporto e sospendere la validità di altri documenti equivalenti per l'espatrio (art. 9 co. 2bis d.lgs, 2011/159, come mod. dall'art. 4 d.l. 2015/7 conv. mod. l. 2015/43).

3.

Contesto.

La varietà, importanza e attualità dell'impatto che il terrorismo ha avuto sul sistema penale sono alla base della scelta di dedicarvi la settima edizione del corso "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca di diritto e procedura penale, svoltosi a Noto nei giorni 11-13 settembre 2016. Come indica già il numero progressivo che lo connota, si tratta del più recente di una serie di incontri che, ormai da molti anni, l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali di Siracusa insieme al Gruppo Italiano dell'*Association Internationale de Droit Pénal* dedicano all'approfondimento di questioni centrali di diritto e di procedura penale per riunire giovani studiosi delle relative discipline e farli confrontare in modo interdisciplinare, stimolandoli a una partecipazione attiva.

A tal fine, secondo un modello di lavoro sempre più internazionalmente diffuso per le iniziative collettive di studio, anche questa volta si è lanciata una *call for papers* a partire da una griglia tematica predisposta dal comitato scientifico del corso, ma aperta a tutti i contributi che fossero connessi ai molteplici profili che una problematica tanto sfaccettata presenta, anche solo agli studiosi delle discipline penalistiche. Gli *abstract* anonimi presentati sono stati selezionati e ordinati secondo quattro principali nuclei tematici, che hanno poi costituito l'articolazione delle sessioni dei lavori. In esse, dopo una introduzione al dibattito curata da due esperti (un docente e un magistrato di volta in volta), ciascuno degli autori dei contributi scelti (venti di ben tredici Università di provenienza) ha brevemente presentato il proprio elaborato, discutendolo poi con i numerosi intervenuti (cinquantatré di diciannove Università).

Già i numeri segnalano l'interesse che ha suscitato anche questa edizione del corso. Gli stimoli provenienti dal vivace dibattito sviluppatosi durante i lavori sono stati poi rielaborati dagli autori dei contributi di seguito pubblicati per sottoporli all'attenzione di un più vasto pubblico, anche questa volta grazie alla disponibilità di *Diritto penale contemporaneo* e alla disponibilità dei dottori Enrico Cottu e Francesco Mazzacuva, che hanno curato la fase della raccolta finale dei contributi e una loro introduzione. Nel rinviare tanto a questa, quanto alla relazione conclusiva di Lorenzo Picotti per ulteriori riferimenti alle questioni affrontate, qui ci si può limitare a disegnare la mappa concettuale che ha guidato l'articolazione delle varie sessioni e la rispettiva collocazione dei contributi di seguito pubblicati.

4.

Apporti.

Un primo blocco tematico si è rivolto al profilo della **prevenzione del fenomeno terroristico**, considerando che esso – al di là della sua più vasta rilevanza in campo sociale e culturale per affrontare le radici profonde del fenomeno – interessa specificamente **il diritto penale**, spingendo verso l'anticipazione della relativa soglia di rilevanza, e ne rende anche problematica la distinzione con il **diritto amministrativo di polizia**. Pur nella differenza dei due ambiti, che consentono di modulare la tipologia dei rispettivi interventi, il rispetto dei diritti fondamentali deve rimanere sempre una guida nella valutazione delle misure adottate, alla luce dei principi di offensività, giurisdizionalità e proporzionalità. In questo ambito, si sono approfonditi in particolare la relazione problematica fra la caratterizzazione finalistica delle

condotte di terrorismo e le esigenze di materialità e tassatività di un diritto penale del fatto¹²; l'accezione di pericolo rilevante per le condotte di adesione al terrorismo, anche alla luce di un confronto giurisprudenziale con il confinante settore del diritto dell'immigrazione¹³; i rapporti fra le misure patrimoniali di prevenzione in materia antiterrorismo, le forme di congelamento dei beni di matrice sovranazionale e il rispetto dei principi di garanzia dello stato di diritto¹⁴; infine, l'ambito in cui il segreto di Stato può essere impiegato in materia, sul presupposto che anche l'attività di *intelligence* non possa affrancarsi dai limiti della legalità costituzionale¹⁵.

Un secondo *focus* problematico ha riguardato la **rilevanza delle forme di partecipazione e di supporto al terrorismo**: qui il generale fenomeno dell'anticipazione della tutela penale si intreccia da tempo con delicati problemi di teoria generale, come il concorso di persone e i reati associativi, la cui rilevanza è da tempo pure studiata nella distinta - ma come si è visto spesso intersecante - normativa sul crimine organizzato¹⁶. Nel settore del terrorismo, peraltro, la tipizzazione espressa di singole condotte di partecipazione al reato, rese fattispecie autonome e dunque punite autonomamente, riflette anche la difficoltà nella prassi di riscontrare i vincoli di stabilità, segretezza, ripartizione dei ruoli propri di almeno alcune delle tradizionali organizzazioni criminali non terroristiche. Ne deriva una necessità di ripensare i rapporti fra la fattispecie generale di associazione terroristica e le varie fattispecie satelliti che sono andate proliferando e che sono concepite come sussidiarie (clausola di riserva iniziale "fuori dai casi di cui all'art. 270bis"), ma che in concreto, per la maggiore facilità di riscontri probatori, possono tornare utili nelle fase delle indagini per prevenire gli atti terroristici¹⁷. Anche la punibilità a sé stante dell'istigazione a commettere reati terroristici riflette le caratteristiche di manifestazione del fenomeno, che tende a sganciarsi da una rigida struttura piramidale e sempre più si articola in cellule isolate e che proliferano grazie alla diffusione dell'ideologia terroristica anche attraverso Internet e i *new media*: nonostante ciò, si pone un problema di adeguato bilanciamento con la fondamentale libertà del pensiero, specie quando ci si spinge a ragionare sulla incriminazione delle forme di istigazione solo indiretta¹⁸.

I rapporti fra **terrorismo e processo penale** sono stati specifico oggetto della terza sessione, che si è confrontata con le questioni di fondo del rapporto fra esigenze tanto di sicurezza e di efficacia, in specie in relazione al coordinamento investigativo e giudiziario, quanto di garanzia, per rispettare i principi di ragionevolezza, congruità e temporaneità anche nell'ambito di una legislazione spesso "eccezionale" come quella in materia. In particolare, sono stati approfonditi temi come le speciali disposizioni introdotte per le intercettazioni preventive¹⁹; la spinosa questione del controllo delle comunicazioni tramite le nuove tecnologie degli *spyware*²⁰; il coordinamento investigativo delle indagini in materia di terrorismo, con la sua recente ascrizione alle competenze della Procura nazionale antimafia e (ora anche) antiterrorismo²¹; le modalità di cooperazione giudiziaria europea in materia di terrorismo, dagli scambi informativi alla raccolta dei codici di prenotazione dei voli (PNR), con le connesse esigenze di privacy, fino alle squadre investigative comuni²².

Il quarto ambito di approfondimento ha coniugato i **profili sanzionatori e internazionali** del tema, nella consapevolezza che i primi giocano un ruolo imprescindibile nell'intervento penale di contrasto al fenomeno e che anche essi presentano significative specificità, e d'altra parte che l'intreccio multilivello fra fonti normative e giurisprudenziale presenta in materia un particolare rilievo nel rapporto fra obblighi di incriminazione e garanzie dei diritti fondamentali. I contributi specifici hanno riguardato la legislazione premiale in materia di collaborazione con la giustizia per fatti di terrorismo²³; così come l'estensione della responsabilità

¹² Si vedano *infra* i contributi di Lorenzo BRIZI e di Giuseppe MARINO.

¹³ Tema affrontato di seguito da Edoardo MAZZANTI.

¹⁴ E' la problematica esaminata di seguito da Chiara BATTAGLINI.

¹⁵ A partire dalla nota vicenda *Abu Omar*, la questione è affrontata da Marco MALERBA.

¹⁶ Si v. ad es. G. DE FRANCESCO, *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, in *Ind. Pen.*, 2009, 393 s.

¹⁷ Indagano sotto vari profili tali rapporti i contributi di Luca D'AGOSTINO, di Andrea PRESOTTO e, con specifico riferimento al tema cruciale del finanziamento, di Valentina ARAGONA, *infra*.

¹⁸ Ne discute anche *de iure condendo* Valérie NARDI, *infra*.

¹⁹ Cfr. *infra* il lavoro di Bianca AGOSTINI.

²⁰ Oggetto del contributo di Caroline PELOSO, *infra*.

²¹ In proposito, v. *infra* Giuseppe SCHENA.

²² Per tali approfondimenti, cfr. i contributi di Valeria SPINOSA e di Guido COLAIACOVO, *infra*.

²³ Si tratta del contributo di Enrico COTTU, *infra*.

degli enti per i relativi delitti²⁴. Quanto agli interventi dedicati espressamente a problematiche internazionali - le quali peraltro sono penetrate in numerosi degli interventi precedenti per la già richiamata compenetrazione fra livelli ordinamentali in materia - si è affrontato il sempre delicato tema dell'armonizzazione normativa in ambito europeo, individuandosi una sorta di *feedback* tra le soluzioni nazionali e i modelli unificanti europei in materia²⁵; si è fatto riferimento allo strumento dell'interpretazione conforme per contribuire a chiarire la delicata distinzione fra attività di guerra e atti di terrorismo²⁶; si sono chiariti i limiti derivanti dal divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU* alle possibilità di estradizione per fatti di terrorismo²⁷.

Nell'insieme, la discussione al Corso di Noto 2016 non intendeva certo esaurire la molteplicità delle questioni connesse alle trasformazioni che il sistema penale ha subito dall'esigenza di fronteggiare il problema del terrorismo. Tuttavia, come i contributi che seguono dimostrano, essa è stata una occasione preziosa per ragionare su alcuni punti nodali, in un'atmosfera resa viva e vitale dal fresco apporto di pensiero che i giovani studiosi partecipanti hanno assicurato anche per questa nuova edizione del corso. L'auspicio non può che essere rivolto agli enti organizzatori, affinché superino le invero non nuove difficoltà nel reperire risorse adeguate e così permettano di non interrompere questa particolare occasione di formazione della nuova scienza penalistica italiana.

²⁴ In proposito, v. Rossella SABIA, *infra*.

²⁵ Approfondisce la questione Francesco ROSSI, *infra*.

²⁶ E' l'oggetto del contributo di Susanna CRISPINO, *infra*.

²⁷ Sul tema interviene Beatrice GORNATI, *infra*.

Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti

Introduzione agli atti del VII seminario di formazione interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti (SII-AIDP Gruppo italiano – Noto, 11-13 novembre 2016)

Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits

Introduction to the Conference Proceedings of the 7th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates and Young Penalists (SII-AIDP Italian Group – Noto, 11-13 November 2016)

ENRICO COTTU*, FRANCESCO MAZZACUVA**

**Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara*

***Magistrato ordinario in tirocinio*

TERRORISM

TERRORISM

ABSTRACT

L'introduzione presenta le questioni concernenti la repressione penale del terrorismo che sono approfondite negli articoli pubblicati a seguire in questa rivista, i quali costituiscono gli atti del VII corso di formazione interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca organizzato dall'Istituto superiore internazionale di scienze criminali (ISISC) a Noto nei giorni 11-13 settembre 2016.

This introduction presents the criminal law matters concerning the fight against terrorism analysed in the following essays published in this review, which constitute the conference proceedings of the 7th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates organized by the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) in Noto, 11-13 November 2015.

La settima edizione del Corso di Formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale “Giuliano Vassalli” per Dottorandi e Dottori di ricerca è stata dedicata alla risposta del sistema penale all’aggressione terroristica, che ha ampiamente condizionato gli sviluppi recenti degli ordinamenti giuridici statali e sovranazionali.

Che tale aggressione sia di sempre più urgente e drammatica attualità politico criminale è evidente. Meno chiaro quali siano le risposte agli interrogativi posti dalla “nuova” emergenza, perdurante ormai da più di quindici anni (dalla data simbolo dell’11 settembre 2001) e a sua volta condizionata da fenomeni più generali del contesto contemporaneo (globalizzazione, migrazioni, radicalismi religiosi, nuove forme di comunicazione).

A fronte della sempre più cruenta e insidiosa azione del terrorismo internazionale e della reazione di Stati e organizzazioni internazionali, pertanto, anche la scienza penale è provocata non solo all’analisi ma anche all’urgenza del dibattito pubblico e dell’interlocuzione con i decisori politici. Sfida, a ben vedere, non certo agevole da raccogliere. Per un verso, infatti il pericolo che la stessa corre, votandosi unicamente a stigmatizzare le deviazioni normative in atto rispetto al paradigma penale classico e all’obiettivo (sia pur nobile) di uno *status quo ante* che rimuova ogni logica emergenziale, è quello dell’irrelevanza al di fuori della dimensione meramente speculativa. Per altro verso, vi è il rischio che un approccio “dialogante”, che si faccia carico della gravità della minaccia terroristica, si risolva in una legittimazione della logica emergenziale, anche laddove si proponga di influenzare una siffatta evoluzione della penalità in senso garantista.

Uno sforzo di comprensione critica delle dinamiche in corso si giustifica, tuttavia, con l’obiettivo minimo di rendere ancora quantomeno “leggibile” (e quindi, se del caso, correggibile) l’emergenza con la grammatica delle garanzie penalistiche, onde evitare uno spostamento dell’azione repressiva in canali meno trasparenti e tutelati; con il verosimile profilarsi, in questa temperie, di un “qualcosa di peggio” in alternativa al diritto penale.

A ben vedere, la proteiforme “guerra al terrore”, nello sforzo verso l’obiettivo di evitare offese gravissime contro la popolazione (ma, anche, di preservare interessi e stabilità strategici degli apparati statali), contempla ormai il diritto (non solo penale) come una delle sue diverse facce. Strumento verosimilmente irrinunciabile, ma che non costituisce la “prima linea di difesa”, anche perché corredato da un portato garantistico che, per quanto reso più flessibile, viene avvertito come un intralcio rispetto ad esigenze di contrasto declinato in senso “bellico”.

In tutto questo, la riflessione a più voci svolta nel VII seminario “Giuliano Vassalli” è stata improntata ad un approccio critico e analitico, ma pur sempre in connessione con la temperie politica e sociale circostante, e nella consapevolezza tanto della messa a repentaglio dei principi penalistici, quanto della enormità del problema politico-criminale sullo sfondo.

Nell’ambito del corso, un costante “filo rosso” è stato senz’altro rappresentato dalla riflessione sulla **attualità della risposta ordinamentale** a fronte della evoluzione/ mutazione del fenomeno terroristico nel continente europeo, con il passaggio dall’eversione ideologicamente orientata che ha connotato la “stagione dell’emergenza” italiana al terrorismo di matrice estremistico-religiosa, dapprima in forma più organizzata e gerarchica, sino alle più recenti derive decentrate e persino individualistiche. A una tale evoluzione ha fatto riscontro un crescere esponenziale dell’attenzione dedicata al fenomeno dalle fonti sovranazionali e un parallelo evolversi dell’ordinamento nazionale, il quale, peraltro, nonostante le riforme che sono state esaminate, si fonda ancora in larga misura su un impianto normativo consolidatosi nel contesto della emergenza del terrorismo ideologico.

Al riguardo, quale indubbio elemento di continuità, vi è la **sempre più marcata anticipazione della tutela penale**, con tutta evidenza ancora la più saliente tra le grandi tendenze della politica del diritto antiterroristica. Tendenza che, se da un lato si giustifica con la elevatezza dei beni finali da proteggere e per la natura letale e di vasta portata delle aggressioni che costituiscono “evento finale”, dall’altro lato suscita, com’è noto, profonde tensioni rispetto ai principi penalistici di materialità e offensività, che impongono la ricerca di un equilibrio interpretativo a partire dagli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici. Viene in rilievo, soprattutto, il requisito della finalità terroristica, considerata sotto il duplice aspetto del diritto interno e sovranazionale. Alla ricostruzione del preminente elemento teleologico, infatti, si è accompagnata una riflessione su possibilità e limiti di una sua obiettivizzazione, osservandosi, nel complesso, come la stessa giurisprudenza giunga spesso a canoni applicativi diversificati rispetto ai terroristi “interni” e quelli “internazionali”.

Altro tema approfonditamente eviscerato riguarda le **modalità tipiche di estrinsecazione**

della aggressione terroristica e, quindi, la tormentosa problematica della soglia minima del comportamento concreto penalmente rilevante (*rectius*: delle diverse soglie, rispetto alle varie tipologie di condotta normativamente previste). Tema questo che coinvolge anche la riflessione sull'area grigia del "fiancheggiamento", laddove più alto è il pericolo di emersione di un diritto penale del tipo d'autore e avulso da legami con la dimensione oggettiva dell'offesa. Viene in rilievo, al riguardo, la portata applicativa di incriminazioni collocate lungo diversi momenti di preparazione e agevolazione rispetto agli obiettivi finali dell'aggressione terroristica, alla luce delle novità legislative e degli orientamenti giurisprudenziali. Ciò porta a soffermarsi su profili strutturali tanto di nuove figure di reato (quali l'arruolamento e addestramento), quanto del tradizionale paradigma associativo: sia nella sua ordinaria realizzazione tipica da parte di promotori e associati, sia in quella (notoriamente problematica) del concorso eventuale, sia nell'inedita previsione del finanziamento dell'organizzazione terroristica.

Rimane peraltro sempre urgente, sul piano sostanziale, il profilo del **bilanciamento** delle esigenze di sicurezza dei consociati rispetto all'esercizio dei diritti di libertà di cui gli stessi godono, diritti inevitabilmente compressi dalla pervasiva normativa antiterroristica ma comunque da preservare e individuare almeno nel loro contenuto minimo garantito; *in primis* la libertà di espressione e religiosa, specie a seguito dell'attestarsi dell'ultima linea del fronte repressivo nel contrasto ai "predicatori d'odio".

Per altro verso, sono altresì la libertà di comunicazione e la riservatezza a essere ritenute (sino a che punto?) sacrificabili a fronte di sempre più pervasive forme di ricerca della prova. L'attenzione ai beni sacrificati (prima ancora che dalla sanzione) dallo stesso procedimento penale si iscrive, del resto, in un approccio di **sistema penale integrato** che è una costante metodologica dei corsi di formazione Vassalli. In tal senso sono state assunte diverse prospettive del *criminal law enforcement*, a partire dalla delicata questione del coordinamento delle indagini, sia sul piano interno, nei rapporti degli organi inquirenti tra loro e con la Procura nazionale, sia sul piano della cooperazione di polizia internazionale attraverso le Squadre investigative comuni costituite da più Stati membri dell'UE. Al contempo, è noto che gran parte delle aspettative preventive riposte nel sistema penale sono legate non tanto (o non solo) all'effetto delle pene irrogate, quanto alla possibilità di attivare (per certi versi, piegare) gli strumenti propri della fase di indagine in chiave di neutralizzazione e prevenzione del pericolo. D'altra parte, il procedimento penale può risultare anche ostacolato dalle "ragioni di Stato" nel suo naturale fine di accertamento della responsabilità per i fatti commessi.

Lo sguardo è stato rivolto anche **oltre il sistema penale classico**, esaminando l'intero spettro della reazione repressiva e preventiva. Per vero, la già evidenziata tendenza anticipatoria da tempo si avvale del sempre più penetrante e pervasivo strumento delle misure di prevenzione, sia patrimoniali che personali, le quali pongono, (dato il loro carattere sempre più evidentemente affittivo), il problema del mantenimento di un nucleo inderogabile di garanzie (oltre che di evitare che con esse si consumi una nuova "truffa delle etichette" con la creazione di un sistema punitivo parallelo seppur diversamente qualificato).

Ulteriori considerazioni sono state sollecitate in relazione al sempre più comune **carattere transnazionale** dei fatti di terrorismo e alla correlata evidente necessità di armonizzazione e cooperazione tra gli ordinamenti. Questa esigenza si riflette, anzitutto, nel sempre più stretto intreccio multilivello tra le fonti nazionali e quelle sovranazionali. Essa si estrinseca, inoltre, nella particolare intensità della cooperazione giudiziaria tra gli Stati in materia di terrorismo; ravvisabile sia nell'ambito UE (caratterizzato come noto da forme di cooperazione più intensa e depoliticizzata, quale il Mandato d'arresto europeo) sia, oltre i confini dell'Unione, mediante il classico strumento estradizionale, ma che deve comunque confrontarsi con i limiti inerenti al rispetto dei diritti fondamentali.

Riguardato infine sotto il particolare profilo della **sanzione**, il diritto di lotta al terrorismo si caratterizza anche per la valorizzazione di misure apparentemente distanti dal fenomeno, quali quelle proprie della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Ma è la stessa dinamica della pena classica a conoscere adattamenti (e distorsioni) peculiari, fortemente impattanti sulla dosimetria sanzionatoria, per il tramite del dispositivo premiale tuttora operante nella "strategia differenziata" di risposta al terrorismo.

L'illecito penale costruito *ex latere subjecti*: la “finalità di terrorismo” alla prova del diritto penale del fatto

The Criminal Offence Ex Latere Subjecti: the “Scope of Terrorism” Testing the Criminal Law Offense

LORENZO BRIZI

Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi “Roma Tre”

TERRORISMO, FINALITÀ DI TERRORISMO,
“DIRITTO PENALE DEL NEMICO”, DIRITTO PENALE DEL FATTO,
DIRITTO PENALE SOGGETTIVO, DOLO SPECIFICO

TERRORISM, SCOPE OF TERRORISM,
“ENEMY’S CRIMINAL LAW”, CRIMINAL LAW OFFENSE,
SUBJECTIVE CRIMINAL LAW, SPECIFIC INTENTION

ABSTRACT

Se è vero che “la persona umana è al centro del diritto penale”, è parimenti innegabile come tale formula, in un diritto penale orientato al fatto ed al danno concreto ed offensivo, non possa essere utilizzata per legittimare meccanismi di incriminazione “*a parte subjecti*”. Per questo, rispetto ad un “contesto d’incriminazione” sbilanciato (pericolosamente) sul versante soggettivo, si rende necessario individuare dei “correttivi” che consentano di ricondurre la fattispecie incriminatrice ad una dimensione di obiettivo disvalore già sul piano del fatto. Nei reati a “finalità di terrorismo”, la rilevanza attribuita alla sola *Intentionsunwert* seguita dall’associazione di cui all’art. 270-bis c.p. ripropone ancora una volta il problema di precisare con maggiore chiarezza il ruolo sistematico da attribuire al c.d. dolo specifico. Attraverso la sua esegesi, infatti, sembrerebbe essere possibile colmare quel deficit di “oggettività” che, altrimenti, caratterizzerebbe la fattispecie associativa prevista dall’art. 270-bis c.p.

If it’s true that “the human being is the focus of criminal law”, it’s equally undeniable that this formula, in a criminal law oriented towards the facts and the actual and offensive damage, may not be used to legitimize incrimination “*a parte subjecti*”. For this reason, with respect to a “context of incrimination” (dangerously) leaning towards the subjective side, it seems necessary to find some “remedial actions” which will allow for bringing this form of incrimination back to a dimension of objective disvalue. For crimes “with a terroristic scope”, the importance given to the only *Intentionsunwert* followed by the association of Article 270-bis of the Italian Penal Code, questions once again the systematic role played by so-called “specific intention”. Through the interpretation of the latter, indeed, it seems possible to fill the deficit of “objectivity” which, otherwise, would characterise the crime provided by Article 270-bis of the Italian Penal Code.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. “Prove d’autore” tra normativa e prassi. – 2.1. La ricerca di una “prova contraria” nel “personalismo” del reato omissivo improprio e del c.d. *Gesinnungsstrafrecht*. – 3. I reati “a finalità di terrorismo”: *necessitas non habet legem?* – 4. La ricerca di una “prova contraria” nei reati “a finalità di terrorismo”: la strada del c.d. dolo specifico. – 4.1. Dalla finalità dell’agente alla finalità della condotta. La ricerca di una “obiettiva tendenza” del dolo specifico nelle ricostruzioni della dottrina. – 5. Tre rapidi “*incursus*”: doppia misura della colpa; medesimo disegno criminoso e *suitas* della condotta. – 6. La “duplice anima” del dolo specifico: per una interazione tra reo, reato e realtà. Una possibile conferma dall’art. 270-sexies c.p.

1.

Premessa.

In un celebre saggio degli anni ‘50, Marcello Gallo ebbe a scrivere che la «persona umana è al centro del diritto penale»¹. Scolpita nella formula secondo cui “l’illecito penale è un illecito personale”² e ribadita da quanti, a lungo, hanno motivato proprio partendo da un simile assunto l’impossibilità di ritenere le persone giuridiche penalmente (e direttamente) responsabili³, la categoria del soggetto attivo del reato – come ricorda il Maestro – «accompagna dall’inizio alla fine lo svolgersi del rapporto penale» ponendosi, con esso, in un «rapporto di interdipendenza funzionale che ne condiziona reciprocamente le caratteristiche strutturali»⁴.

Si tratta di affermazioni particolarmente evocative che, nonostante si prestino ad interpretazioni antitetiche, rappresentano un punto di osservazione privilegiato per descrivere la trasformazione che da un diritto penale del fatto ha condotto, già a partire dagli anni ‘30, verso un diritto penale del tipo d’autore.

In effetti, i “modi” attraverso cui tale formula può essere recepita all’interno di un sistema penale sono molteplici e irriducibili ad un modello unitario.

Nell’ambito di un teorema del diritto penale improntato sul fatto e sul danno concreto⁵, infatti, la “persona umana” costituisce il veicolo per consentire al sistema penale di “attrarre” quelle condotte che, contrarie ai precetti legali, abbiano cagionato una lesione all’interesse giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice. In un simile “modello”, come egregiamente rilevato, «non è il reato ad essere identificato attraverso il reo, ma il contrario. È il reo ad essere definito e individuato attraverso la “fattispecie” di reato; si identifica attraverso *tipi di azione* e non *tipi di autore*, puntando l’attenzione su *comportamenti* dannosi e non su *soggetti pericolosi*»⁶.

La locuzione di “persona umana”, sul versante opposto, può essere intesa, come noto, anche in una diversa accezione. Non più come riferibilità di un fatto al soggetto che ne risulta essere l’autore ma quale centro di esclusiva analisi per la costruzione della fattispecie penale⁷. In quest’ottica, simile formula può essere utilizzata per designare le ipotesi in cui l’illecito penale viene costruito, appunto, *ex latere subiecti*, avendo, altrimenti detto, riguardo non già al fatto di reato posto in essere e al disvalore obiettivo da esso prodotto, quanto, piuttosto, ai profili, per così dire, “caratteriali” del soggetto che ne risulta essere l’autore⁸.

Nell’ambito del “soggettivismo” è possibile scorgere almeno due modelli di costruzione dell’illecito. Può essere fornita una valorizzazione esclusiva all’elemento psicologico del reato, senza che esso riesca a trovare adeguata “copertura” nell’ambito dell’elemento oggettivo; oppure può farsi riferimento allo stesso “modo di essere” del soggetto agente, al suo modo di essere

¹ M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 422.

² M. RONCO, *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, 2010, 829. *Amplius*, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 1291.

³ Cfr., *ex plurimis*, C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1968, XV, 710 ss.; F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 955.

⁴ M. GALLO, *La persona umana*, cit., 423.

⁵ Per tutti, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.

⁶ E. RESTA, *La secolarizzazione della colpa. Note sugli autori del reato*, in *Storia d'Italia. Annali XII – La criminalità*, Torino, 1997, 124.

⁷ Particolarmente suggestiva, al riguardo, l’analisi di F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e “reati contro il patrimonio”*, Milano, 1980, 223 ss., improntata a “smascherare” la forte connotazione “soggettiva” del sistema dei reati posti a tutela del patrimonio.

⁸ Sui “modi” attraverso i quali la teoria del “tipo di autore” si è imposta nella letteratura giuridica, si veda G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, 5 ss.

percepito all'interno della collettività⁹.

In ogni caso, si avrebbe a che fare con un disvalore di carattere propriamente "soggettivo", volto a reprimere la direzione della volontà del soggetto agente, nel primo caso; la sua stessa personalità, nel secondo. Si assisterebbe, così, ad un'opera di «spiritualizzazione»¹⁰: il fatto di reato diverrebbe un mero "sintomo" di una pericolosità (già) manifestata dal reo; l'evento, rispolverando antiche teorie, finirebbe con il degradare ad una mera *occasio*, un *Produkt des Zufals*¹¹, rappresentando nient'altro se non un sintomo che, per il diritto penale, si traduce in un "bisogno" di punire.

2.

“Prove d'autore” tra normativa e prassi.

Se in tempi remoti le ipotesi riconducibili ai modelli di "diritto penale soggettivo" erano collocate nel retrobottega del diritto penale, quasi sottaciute agli studiosi del diritto¹², oggi costituiscono se non una certezza almeno una solida costante.

È questo, in parte, il frutto della legislazione della «perenne emergenza»¹³ o, con espressione altrettanto evocativa, «dell'allarme sociale»¹⁴. Una legislazione che, incarnando su di sé delle esigenze di vera e propria "lotta", ha cercato di fornire un (certo non trascurabile) senso di "appagamento" all'interno della collettività inquieta attraverso una seria e decisa presa di posizione nei confronti di manifestazioni (di persone) "criminali" rispetto alle quali i "tradizionali" strumenti punitivi non sembrerebbero essere in grado di porre un adeguato argine.

I reati contro il terrorismo riecheggiano in maniera eloquente le linee fondamentali di questa "tecnica" legislativa¹⁵ e tutte le riserve che ad essa sono state, nel tempo, rivolte¹⁶.

L'introduzione di «prodotti normativi molto spesso frettolosi, imprecisi e avulsi dal più generale contesto di destinazione»¹⁷ pone anzitutto un problema di "lettura" di simili fattispecie, soprattutto nel momento in cui la loro struttura viene ad essere posta a "contatto" con le disposizioni incriminatrici già presenti nel tessuto codicistico di parte speciale. Valga, per tutti, l'esempio dell'ancora oggi problematico rapporto tra l'art. 270 e la fattispecie "gemella" di cui all'art. 270-*bis* c.p.: la sostanziale omogeneità tra le due fattispecie¹⁸, infatti, ha sollevato un problema di un loro "coordinamento" al fine di evitare il sedimentarsi del dubbio per cui l'art. 270-*bis* c.p. sia stato introdotto al solo scopo di attuare un inasprimento sanzionatorio¹⁹ di carattere simbolico-repressivo²⁰.

L'obiettivo, poi, di rendere le "cellule" terroristiche inoperative, ha indotto la normativa "antiterrorismo" a modellare simili fattispecie incentrando il disvalore globale del fatto su mo-

⁹ Per le "direttrici" del diritto penale soggettivo, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2 ss.; A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, 509 ss.

¹⁰ T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, che utilizza simile espressione per criticare la deriva "eticizzante" di simili correnti teoriche.

¹¹ Si tratta della conclusione cui arriva D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, 173, come citato da N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 32.

¹² Emblematica, in tal senso, la decisione di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, VII, 1870, parr. 3913 ss., di non accogliere nella sua Opera la disamina dei delitti politici in quanto ispirati ad una logica, si potrebbe dire in termini odierni, soggettivistica.

¹³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II^a ed., Napoli, 2000.

¹⁴ A. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano, 1984, 1031.

¹⁵ Per un efficace carteggio della "legislazione dell'emergenza" e gli effetti del "penalismo simbolico", Cfr., A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 7 ss.

¹⁶ Cfr. le osservazioni di F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III^a ed., Padova, 1985, 367 ss.

¹⁷ A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016, 2.

¹⁸ F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, 83.

¹⁹ Sull'equazione "sicurezza"- "bisogno di (maggior) pena" fatta propria dalla legislazione dell'emergenza e tipica del diritto penale simbolico, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 250 ss. Per i rischi connessi alla strada del (solo) inasprimento sanzionatorio Cfr., S. ROBOTÀ, *Alla ricerca delle libertà*, Bologna, 1978, 116, che bene evidenzia come simile "modello" sia destinato a rimanere relegato ad una logica meramente simbolica ed inattuabile, riuscendo, al più, «ad appagare per un momento il sentimento di vendetta di una parte dell'opinione pubblica».

²⁰ Si tratta della conclusione cui arriva, ad esempio, A. MANNA, *L'influenza della legislazione dell'emergenza sui diritti fondamentali del cittadino: aspetti penali sostanziali*, in *Arch. pen.*, 1983, 648.

menti di carattere soggettivo²¹. La necessità, infatti, di reprimere le associazioni terroristiche nella loro fase genetica, costitutiva ed organizzativa si è tradotta in una forte (e, forse anche, inevitabile) anticipazione della tutela penale. Con la conseguenza per cui le fattispecie incriminatrici contemplate dagli artt. 270-*bis* e seguenti c.p., lasciano emergere, in primo piano, l'immagine dell'“autore” di quel delitto piuttosto che il fatto in concreto commesso²², proprio perché, forse, su di esso riescono meglio ad incarnarsi i tratti somatici di quel fenomeno sociale che si cerca, quasi alla cieca, di combattere.

In un simile contesto, l'interprete, destreggiandosi nell'ambito di una tipicità materiale se non “dimidiata” quantomeno «inafferrabile»²³, è chiamato sempre più spesso ad elaborare degli *escamotage* interpretativi che consentano un “riequilibrio” di simili fattispecie ai canoni dell'offensività e della materialità del fatto.

2.1.

La ricerca di una “prova contraria” nel “personalismo” del reato omissivo improprio e del c.d. Gesinnungsstrafrecht.

La suggestione potrebbe validamente radicarsi avendo non solo riguardo al più recente movimento della legislazione penale, ma anche prendendo in considerazione istituti di parte generale o elaborazioni teoriche ove, attraverso l'interpretazione che sovente ne è stata fornita, viene attribuita una particolare – ma non ancora esclusiva – rilevanza alla “persona umana”. Fenomeni che, tuttavia, potrebbero (e devono) essere considerati come “eccentrici” rispetto ai canoni del diritto penale soggettivo grazie alla ricerca di una “prova contraria”, di un appiglio materiale-oggettivo in un contesto d'incriminazione (altrimenti e irrimediabilmente) di carattere “soggettivo”.

Emblematici, in tal senso, sembrerebbero essere il meccanismo di incriminazione previsto dall'art. 40, secondo comma, c.p., e le teorie del c.d. *Gesinnungsstrafrecht*.

Il tentativo di considerare il reato omissivo improprio alla stregua di un reato a soggettività ristretta²⁴, nonostante sia mosso dal lodevole intento di “bloccare” entro schemi tipologici maggiormente “certi” tale meccanismo di incriminazione²⁵, non fa che certificare la suggestione: è il soggetto autore del reato a interessare al diritto, non il fatto da questi posto in essere²⁶. Si tratta di una suggestione che, poi, troverebbe conferma in alcuni atteggiamenti giurisprudenziali ove, dalla previa qualificazione di un soggetto quale “garante” rispetto al bene giuridico leso, viene riconosciuta – (quasi) automaticamente – una responsabilità *materiale* per il fatto che, in concreto, si è verificato²⁷.

Ovviamente, in simile ambito si è ben lontani dal configurare una ipotesi di diritto penale soggettivo *sub specie* di diritto penale del tipo di autore. Nonostante, infatti, la soggettività attiva costituisca il *prius* logico di tale modello di incriminazione²⁸, il fatto di reato viene ancora in considerazione “*ex latere obiecti*” e la qualifica soggettiva assume rilevanza in quanto proiettata nella configurazione concreta di un fatto. Detto altrimenti, nella fattispecie complessa deline-

²¹ *Contra*, nel senso che l'interprete dovrebbe nutrire maggior “timore” nei confronti della coeva introduzione di numerose ipotesi di responsabilità oggettiva piuttosto che sulla deriva “soggettiva” della più recente legislazione penale, G. VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione*, in *Scritti in onore di Vittorio Veuro*, contenuti in *Rass. giust. militare. Quaderni*, II, 1986, 179 ss.

²² G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 562.

²³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 65, che utilizza tale espressione proprio con riferimento all'art. 270-*bis* c.p.

²⁴ *Ex plurimis*, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, 434; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 23-24; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 37; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 582.

²⁵ Il rilievo è di A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2007, 193.

²⁶ La suggestione sembrerebbe trovare una eloquente conferma nella tanto “temuta” *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, per i cui necessari approfondimenti si rinvia ad A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 144 ss. Per ampie valutazioni critiche, Cfr., N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 44 ss..

²⁷ Un affievolimento degli elementi materiali del fatto per effetto del previo riconoscimento di una *Garantenstellung* in capo al soggetto omissente si registra non solo con riferimento alle ipotesi di responsabilità medica (su cui Cfr., A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, 2013, 204 ss.) ma anche nei più recenti approdi in tema di responsabilità penale (omissiva) riconosciuta in capo al Sindaco di un Ente Locale rispetto ad eventi lesivi la vita e l'incolumità individuale dei “propri” cittadini: sul punto, sia consentito il rinvio a L. BRIZI, *La responsabilità penale del sindaco di un ente locale per omesso impedimento dell'evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2016.

²⁸ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620.

ata dall'art. 40, secondo comma, c.p., la persona umana non si sostituisce ma si affianca, in un rapporto di reciproca integrazione, con i "tradizionali" elementi *materiali* del reato.

La ricerca di una "prova contraria" è stata poi raggiunta anche rispetto ad una emblematica espressione del diritto penale della volontà, il c.d. *Gesinnungsstrafrecht*²⁹.

Sono ampiamente note le critiche mosse contro tale ricostruzione teorica, soprattutto nel momento in cui si è cercato – specie nella letteratura di origine tedesca³⁰ – di erigere l'atteggiamento interiore del reo a *ratio* esclusiva dell'incriminazione³¹. Nelle indagini di chi, nella letteratura italiana, si è occupato con maggiore attenzione del tema, è stato, tuttavia, acutamente osservato come la rilevanza attribuita all'"Io" del soggetto agente, pur accentuando il carattere etico del diritto penale, non sfoci mai in una piena personalizzazione dello stesso³². Nei percorsi interpretativi proposti, infatti, la *Gesinnung* non solo sembrerebbe presupporre il principio di materialità³³ ma potrebbe intervenire solo nel momento in cui l'oggettività giuridica del fatto sia stata compiutamente integrata ed accertata come offensiva³⁴. La rilevanza attribuita all'atteggiamento interiore del reo, in quest'ottica, si muoverebbe nel, sia pur problematico, obiettivo di «restringere la sfera dell'incriminazione»³⁵, grazie all'introduzione di una nota valutativa ulteriore nella costruzione della responsabilità penale, quale è il sentimento di adesione (o partecipazione) al fatto materiale commesso³⁶. In breve, la soggettivizzazione che si realizza attraverso una (non piena, ma parziale) valorizzazione della *Gesinnung*³⁷, se ancorata ad una prioritaria dimensione materiale dell'illecito ove la lesione del bene giuridico mantenga un ruolo centrale, in assenza di indici contrari³⁸ è parsa del tutto compatibile con i canoni propri del diritto penale del fatto.

3.

I reati "a finalità di terrorismo": *necessitas non habet legem?*

La deriva verso gli incerti lidi di un diritto penale soggettivo si registra inevitabilmente anche rispetto ai reati caratterizzati dalla finalità terroristica³⁹ ove sembrerebbero intersecarsi, in un afflato comune, i principi propri del diritto penale del tipo d'autore e del diritto penale della volontà⁴⁰.

Si tratterebbe, in effetti, di fattispecie delittuose⁴¹ fortemente (se non esclusivamente) sbilanciate sul versante soggettivo, in quanto la finalità terroristica rappresenta, da sola, la *ratio* stessa delle singole incriminazioni⁴². Il dolo specifico su cui si fonda, ad esempio, l'art. 270-*bis* c.p., svolge non solo la sua "tradizionale" funzione di *differentiare* titoli di reato altrimen-

²⁹ Appare opportuno rinviare, sin da ora, al lavoro di G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 1 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 101ss.

³⁰ Per ampi richiami, G. BETTIOL, *Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, in *Ind. pen.*, 1973, 447 ss., nonché W. GALLAS, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, trad. it. a cura di A. Sigismondi, in *Sc. pos.*, 1963, 7 ss.

³¹ In senso critico, per tutti, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, 66 ss.

³² Possibilista per una valorizzazione della *Gesinnung* nella edificazione della responsabilità penale, M. ROMANO, Pre-Art. 39, in *Commentario sistematico del codice penale*, Art. 1-84, III^a ed., Milano, 2004, 332.

³³ Chiarissimo, sul punto, G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., 113.

³⁴ G. BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 417, ora in *Id.*, *Scritti*, cit., 338.

³⁵ E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 13.

³⁶ *Ibidem*, 89.

³⁷ Sembrerebbe ritenere opportuno anche a M. RONCO, *L'imputazione del torto penale*, cit., 833, compiere un riferimento alla *Gesinnung* nell'attribuzione delle conseguenze del reato all'agente, nel momento in cui rileva come l'uomo sia «causa morale, e non soltanto materiale, delle sue azioni».

³⁸ G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 263-264, il quale – sia pur relegando la *Gesinnung* ad una funzione meramente "descrittiva" – ritiene come dall'impostazione del codice Rocco non sia possibile ritenere l'atteggiamento interiore del tutto estraneo alla logica punitiva. Sul punto, anzi, si veda G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., 106, il quale individua nello stesso principio di personalità della responsabilità penale il fondamento della dottrina dell'atteggiamento interiore.

³⁹ V. MILITELLO, *La riforma dei reati contro lo stato in Italia*, in *Studi in onore di M. Romano*, III, Napoli, 2011, 1629.

⁴⁰ La suggestione costituisce il frutto di un ampio ed articolato confronto avuto, in vista delle giornate di studio tenutesi a Noto i giorni 11-13 novembre 2016, con il Prof. Trapani e la Prof.ssa Massaro, ai quali rivolgo (non solo per questo) il mio più devoto ringraziamento.

⁴¹ Sulle problematiche delle disposizioni rientranti nel "micro-sistema" "antiterroristico" della parte speciale del codice penale, Cfr., A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *questa Rivista*, 2, 2015, 229 ss.; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R.E. Kistoris, F. Viganò, Torino, 2015, 3 ss. Per un'analisi delle più recenti fattispecie introdotte dalla l. 28 luglio 2016, n. 153, si veda R. BERTOLESI, *Ancora nuove norme in materia di terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2016; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 ss. Da ultimo, R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2017, 1 ss.

⁴² Analogamente, F.C. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 670.

ti identici per oggettività giuridica ma, più incisivamente, un ruolo di natura *costitutiva*, in quanto chiamato ad incriminare comportamenti che, altrimenti, sarebbero da considerarsi perfettamente leciti: anzi, costituzionalmente garantiti dall'art. 18 Cost.

In un simile "contesto d'incriminazione", la ricerca di una "prova contraria" sembrerebbe essere in parte difficoltosa da raggiungere, in parte inutile. *Difficile*, in considerazione della difficoltà di attribuire al concetto di "terrorismo" un esatto significato linguistico⁴³ che renda tale formula non solo aderente ai «postulati di civiltà del diritto»⁴⁴ ma che sia, poi, verificabile sul piano empirico ed anche sul piano logico-processuale. *Inutile* o, comunque, del tutto superflua laddove si voglia edificare un fronte anticipato di tutela penale alla *Jakobs*⁴⁵ al fine di "contrastare" fenomeni criminosi (quelli terroristici, appunto) "inarrestabili" secondo le logiche proprie del diritto penale del fatto e del danno concreto.

La perdita di garanzie derivante da un indebolimento (se non, addirittura, un azzeramento) dei principi di materialità e di offensività del fatto sarebbe, in quest'ottica, del tutto *giustificabile* (o meglio: *necessaria*) in considerazione della "tipologia criminale" che viene, in simili contesti, in rilievo. Rispetto ad un soggetto che ha deciso di "combattere", in nome del proprio credo, contro una certa comunità, la pena non potrebbe svolgere alcuna funzione "dialogica" o di ri-socializzazione giacché sarebbero proprio i valori minimi di quella società che si intendono distruggere⁴⁶.

Necessitas non habet legem, si potrebbe dire. Nessun altro rimedio, se non quello di attribuire allo strumento penale un ruolo di neutralizzazione, di difesa e di sicurezza altrimenti non facilmente realizzabile⁴⁷. Nessun'altra via, dunque, se non quella di affiancare ad un "diritto penale del cittadino" un vero e proprio "diritto penale del/per il nemico"⁴⁸ attraverso l'introduzione di forme di anticipazione "massima" della tutela penale che finiscano per punire delle semplici *finalità* e, si potrebbe anche dire, la pericolosità manifestata da un soggetto⁴⁹.

La funzionalità (o utilità) di un simile sistema pone, dunque, l'interprete dinnanzi un'alternativa piuttosto netta.

Si potrebbe anzitutto affermare la perfetta ammissibilità logica, ma anche giuridica, di un simile sistema punitivo. Si è infatti osservato come il diritto penale non possa (più) considerarsi come un sistema fisso ed immutabile⁵⁰, "blindato" entro una roccaforte di principi e garanzie da applicarsi *sempre* e nei confronti di *ogni* fattispecie delittuosa. Sarebbe viceversa del tutto possibile modellare un diritto penale «a più velocità»⁵¹, caratterizzato da più «sistemi differenziati a seconda della gravità dei fenomeni criminosi da contrastare»⁵². Nessun problema, ammettendo simile logica "caledoscopica", costruire uno o più sotto-sistemi punitivi

⁴³ Sul punto, si veda l'ampia analisi storico-giuridica svolta da A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1127 ss.

⁴⁴ G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1329.

⁴⁵ Limitandosi alla citazione dei lavori pubblicati in lingua italiana, Cfr., G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, Milano, 2007, 109 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 3 ss. Per delle considerazioni critiche, Cfr. L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, cit., 161 ss; A. PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.

⁴⁶ Analogamente, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2007, 746.

⁴⁷ È, in estrema sintesi, questo il "manifesto" teorico di Jakobs, di cui V., in particolare, *I terroristi non hanno diritti*, cit., 11 ss.,

⁴⁸ Sulla contrapposizione, G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, Marzo 2004, segnalato dalla Prof.ssa Antonella Massaro. Cfr., inoltre, F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.

⁴⁹ Rileva come una simile impostazione determini, inevitabilmente, un ritorno all'ideale della Scuola Positiva secondo cui si dovrebbe essere puniti non per quello "che si è fatto" ma per "quello che si è", M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale, Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 253.

⁵⁰ Taccia di «illusorietà» un simile convincimento, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2007, 766-767.

⁵¹ L'idea di un diritto penale "a più velocità" è stata tracciata, come ampiamente noto, da J.M. SILVA SÀNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V. Militello, Milano, 2004, 111, il quale ritiene non solo opportuno ma, anzi, necessario procedere ad una «flessibilizzazione controllata delle regole di imputazione (...) come anche dei principi di politica criminale», ritenendo non solo «anacronistici, ma addirittura utopici» i tentativi di "bloccare" le più recenti scelte di incriminazione entro gli schemi del diritto penale "classico" (c.d. prima velocità del diritto penale).

⁵² F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotta, Milano, 2008, 122. In termini analoghi, anche R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 177.

caratterizzati *anche* da una più spiccata anticipazione della tutela penale⁵³.

All'opposto, e nel tentativo di evitare un «“inquinamento” dell'intero sistema penale e del suo tradizionale sistema di garanzie»⁵⁴, si potrebbe ritenere che le deviazioni dai principi di materialità e di offensività che si ingenerano di fronte all'anticipazione della soglia repressiva, non possano essere prese come dei meri “dati di fatto”, quasi da accettare con un silenzioso spirito di rassegnazione⁵⁵. Sarebbe pertanto necessario ricercare una “prova contraria” che consenta di “smussare” i contorni sin troppo netti di un diritto penale (forse) illiberale⁵⁶.

4.

La ricerca di una “prova contraria” nei reati a “finalità di terrorismo”: la strada del c.d. dolo specifico.

Quand'anche si intenda aderire ad un modello di diritto penale “differenziato”, l'interprete non può fare a meno di interrogarsi, *in ogni caso*, sulla possibilità di ricondurre i reati caratterizzati da una finalità terroristica ai canoni propri del diritto penale del fatto e del danno concreto.

Perseguendo un simile sentiero, l'unica opzione metodologicamente corretta per ricercare una “prova contraria” sembrerebbe quella di fornire una adeguata collocazione sistematica al c.d. dolo specifico, categoria entro la quale, tradizionalmente, viene ricondotta la finalità terroristica.

Il motivo è, in effetti, del tutto evidente. Ritenere, come il significato linguistico del termine sembrerebbe suggerire ed in aderenza alla lettura fornita dalla dottrina⁵⁷, che il dolo specifico appartenga al solo elemento psicologico del reato (o, se si preferisce, attinente al piano della colpevolezza)⁵⁸, vorrebbe dire confermare la suggestione secondo cui la fattispecie di cui all'art. 270-*bis* c.p., contrasti con i principi di materialità e di offensività del reato⁵⁹.

Siffatto requisito psicologico, infatti, accedendo a condotte prive di un disvalore oggettivo “fisicamente” apprezzabile⁶⁰, finirebbe con lo spostare il baricentro punitivo verso la repressione di atteggiamenti meramente soggettivi, in quanto tali privi di riscontro nella materialità dei fatti⁶¹. Si anticiperebbe, dunque, la soglia della rilevanza penale ad un momento in cui il fatto è ancora nel foro interno del soggetto agente, con violazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁶².

Si tratta di perplessità che, nonostante siano diffusamente avvertite nella letteratura giuridica, sono state fortemente “sdrammatizzate” da autorevole dottrina che, sia pur attraverso percorsi non del tutto coincidenti, ha cercato di “svalutare” la funzione svolta dal dolo specifico nell'ambito della tipicità delittuosa.

⁵³ Così, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 694, il quale ritiene inevitabile uno spostamento di accento dell'intero sistema penale «dal paradigma della repressione di un fatto già commesso a quello della prevenzione di fatti non ancora commessi», al fine di assicurare una più efficace tutela della sicurezza della collettività». La medesima posizione, è espressa dall'Autore in *Id.*, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1358 ss.

⁵⁴ Testualmente, M. TRAPANI, *Guerra e diritto penale*, cit., 255, il quale, proprio al fine di evitare una “metastatizzazione” del diritto penale, ritiene preferibile (*passim*, 256 ss.), perché più aderente ai principi desumibili dalla Convenzione ONU e dalle fonti di diritto interno, affidare il contrasto al terrorismo agli strumenti di c.d. guerra difensiva.

⁵⁵ Si oppone “strenuamente” a chi «nel nome di una sana dose di realismo (...)» decida di accettare, incondizionatamente, i canoni di un «“paradigma preventivo” (...) di fatti non ancora commessi e della “pericolosità” degli autori», G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 23.

⁵⁶ Si prende in prestito il titolo, particolarmente evocativo, del Lavoro di L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di M. Romano*, I, Napoli, 2011, 526 ss.

⁵⁷ Secondo la definizione fornita da M. FINZI, *Il cosiddetto dolo specifico. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1951, I, 387, il dolo specifico sarebbe «una intenzione ulteriore che si dirige a un risultato speciale che sta fuori del processo esecutivo del delitto, ossia che sta fuori dagli atti esterni di esecuzione del medesimo» e che «prescinde dalla necessità di qualunque forma di realizzazione». Nella manualistica, per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 321.

⁵⁸ Cfr., pur nella diversità delle sfumature entro le quali viene inteso il c.d. dolo specifico quale “volontà eccedente”, S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Torino, 1943, 60 ss.; S. ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. Musotto*, II, Palermo, 1979, 49 ss.; A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, II^a ed., Torino, 1955, 154 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 794 ss. Nella manualistica, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI^a ed. aggiornata e integrata da L. Conti, 2003, 361 ss.

⁵⁹ Per una simile suggestione, Cfr., per tutti, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 87.

⁶⁰ Sulle problematiche sollevate dalle fattispecie incriminatrici ove viene attribuita esclusiva rilevanza al solo *Intentionsunwert*, Cfr., N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., 219 ss.

⁶¹ *Ex multis*, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Torino, 2016, 309; G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in *Aa. Vv. Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 176.

⁶² Evidenzia il punto, A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Padova, 2015, 403.

Un simile tentativo è stato compiuto da un lato, valorizzando in via esclusiva la caratterizzazione oggettiva di simile elemento. Al riguardo, si è ritenuto che le espressioni “al fine di”, “allo scopo di”, “per” *et similia*, altro non sarebbero se non delle mere «specificazion[i] della condotta»⁶³. Il dolo specifico, in quest’ottica, servirebbe non già a segnalare una particolare volontà seguita dal soggetto agente quanto, piuttosto, a stabilire quale debba considerarsi la condotta tipica ai fini della riconducibilità a fattispecie⁶⁴.

Dall’altro lato – e in senso diametralmente opposto – il dolo specifico è stato inteso quale mera «modalità o connotazione soggettiva» atta a «qualificare il dolo generico»⁶⁵, con il limitato compito di attribuire (esclusiva) rilevanza all’elemento intenzionale proprio del reato a c.d. dolo intenzionale che, altrimenti, sarebbe da considerarsi normativamente equivalente alle altre forme di dolo⁶⁶.

4.1.

*Dalla finalità dell’agente alla finalità della condotta*⁶⁷. *La ricerca di una “obiettiva tendenza” del dolo specifico nelle ricostruzioni della dottrina.*

La persistenza di dubbi circa la compatibilità dei reati a caratterizzazione soggettiva con i superiori principi di materialità ed offensività del reato ha tuttavia indotto la dottrina più recente a rimeditare la collocazione sistematica del c.d. dolo specifico all’interno della teoria del reato.

Pur nella eterogeneità delle soluzioni fornite, è stata unitariamente affermata la necessità di rintracciare nei reati a dolo specifico anche l’oggettiva tendenza dell’azione verso il raggiungimento del risultato vietato⁶⁸; l’esistenza, altrimenti detto, di una “interazione” tra l’intenzione richiesta dalla disposizione di parte speciale ed il fatto commesso dal soggetto agente⁶⁹.

L’opinione maggioritaria ritiene che lo “scarto” registrabile tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo⁷⁰ ben potrebbe essere colmato attraverso una nota valutativa ulteriore. Il “fatto base” cui accede il c.d. dolo specifico potrebbe considerarsi “tipico” solo in quanto risulti essere – nelle sue modalità attuative ed esecutive – *idoneo* ed *adeguato* al raggiungimento del risultato vietato⁷¹.

Il rispetto delle esigenze di materialità e di offensività della fattispecie sarebbero, per tal via, pienamente garantite⁷². La nota della “idoneità” allo scopo⁷³ sarebbe infatti in grado di ancorare il disvalore globale del fatto ad elementi non più (e non solo) soggettivi ma anche (e prima ancora) di tipo oggettivo, con l’ulteriore conseguenza secondo cui la punibilità ai sensi dell’art. 270-*bis* c.p. verrebbe a fondarsi non già su di una generica adesione ad un programma

⁶³ L. STORTONI, *L’abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 84. Secondo l’Autore, i dubbi di costituzionalità che caratterizzerebbero simili fattispecie risulterebbero in questo modo grandemente ridimensionati: fondata la lesione (o messa in pericolo) del bene giuridico protetto su di una condotta materiale, verrebbe meno il problema di rintracciare percorsi interpretativi valevoli a garantire il rispetto del “volto costituzionale” dell’illecito penale. In senso adesivo, anche G. FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, 677.

⁶⁴ In questi termini anche F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V^a ed., a cura di R. Guerrini, Torino, 2015, 347.

⁶⁵ Così, E. MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974, 116 ss., attraverso una equiparazione del dolo specifico alle ipotesi di c.d. illiceità speciale. In quest’ottica, il c.d. dolo specifico non servirebbe ad altro se non a «richiamare l’attenzione sulla particolare struttura» impressa dal legislatore alla fattispecie incriminatrice.

⁶⁶ A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 527 ss. Ritiene che il c.d. dolo specifico altro non sia se non una mera tecnica di tipizzazione legislativa, anche G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, II, Milano, 1965, 365, spec. 367.

⁶⁷ Richiamando C. PEDRAZZI, *Il fine dell’azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 259 ss.

⁶⁸ Sintetizza questa esigenza G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 11.

⁶⁹ Efficacemente, in questi termini, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, 93. Sul punto, già M. FINZI, *Il cosiddetto dolo specifico*, cit., 398, il quale rileva come risulti essere necessario ravvisare anche una «esteriorizzazione della intenzione speciale: far sì che la stessa materialità dell’atto, cioè il processo esecutivo del delitto, manifesti l’intenzione speciale dell’agente».

⁷⁰ Efficacemente, parla di «asimmetria» tra componente oggettiva e soggettiva» E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2015, 322.

⁷¹ Si tratta di un’opinione ormai largamente diffusa. Cfr., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V^a ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015, 452.; F.C. PALAZZO, *Corso*, cit., 310; G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., 11; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, 170; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 370.

⁷² In senso parzialmente adesivo D. BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 272, il quale ritiene altresì necessario che «tali atti siano anche *non equivocamente* diretti nella stessa direzione». *Contra*, con riferimento all’elemento della non equivocità degli atti, M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 392.

⁷³ Si ritornerebbe, in questo modo alla visione fatta propria da G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 127, secondo cui i reati a c.d. dolo specifico sarebbero, in realtà, «reati di pericolo con dolo di danno».

eversivo, quanto su di un «concreto e attuale programma di violenza»⁷⁴.

Altra parte della dottrina ha perseguito il medesimo intento attraverso la ricerca di un nesso di “interdipendenza funzionale”⁷⁵ tra il “fatto base” e lo scopo tipizzato dal legislatore. Affinché il fatto base risulti tipico, è necessario non solo che il fine ulteriore venga rappresentato, ma anche che la rappresentazione in questione abbia efficacia causale sull’azione esterna⁷⁶. Il comportamento tenuto dal soggetto agente (nel caso di cui all’art. 270-bis, c.p.: l’associarsi) intanto parrebbe potersi considerare penalmente rilevante in quanto rappresenti «già la parziale “realizzazione” del fine, (...) momento *necessario* al pieno verificarsi del risultato “finale” tipicamente perseguito»⁷⁷.

Il dolo specifico, in quest’ottica, costituirebbe un elemento che, sia pur di carattere soggettivo, sarebbe in grado di “chiamare in causa” la componente oggettiva dell’illecito, risultando capace di fornire consistenza oggettiva a fattispecie che, altrimenti, sarebbero eccessivamente sbilanciate sul piano del disvalore soggettivo⁷⁸.

Calando simili ricostruzioni nell’ambito dell’art. 270-bis c.p., il risultato interpretativo volto a garantire il rispetto *anche* da parte di simili fattispecie di principi costituzionali in materia penale, sembrerebbe essere pienamente raggiunto. Una volta posto il divieto *ex art. 18 Cost.* di costituire associazioni per fini vietati dalla legge – circostanza che sembrerebbe dunque legittimare un simile modello di incriminazione⁷⁹ – e posta comunque la necessità *ex art. 25 Cost.* che simile fine vada ad innestarsi in una condotta materialmente apprezzabile, le note della idoneità allo scopo o la ricerca di un nesso di collegamento funzionale tra il mezzo (la costituita o costituenda associazione) ed il fine ben potrebbe colmare quel *deficit* di oggettività che caratterizza il 270-bis c.p.

5. Tre rapidi “*incursus*”: doppia misura della colpa; medesimo disegno criminoso e *suitas* della condotta.

Rispetto ad un simile contesto interpretativo, risulta particolarmente difficile segnalare con la stessa sicurezza con la quale Edoardo Bennato indicava la strada verso “l’isola che non c’è” quale sia l’impostazione metodologica preferibile o, comunque, maggiormente in grado di “afferrare” quella “tipicità materiale dimidiata” che si registra rispetto a simili fattispecie delittuose.

Tuttavia, in considerazione della rilevata difficoltà interpretativa cui l’innesto del requisito della idoneità allo scopo potrebbe determinare⁸⁰, sembrerebbe preferibile aderire a quell’indirizzo interpretativo che, nel dichiarato intento di chiarire i contorni reciproci tra l’elemento oggettivo e l’elemento soggettivo del reato, ha condivisibilmente cercato di anticipare “al fatto” i momenti attinenti, anche solo per *nomen iuris*, al piano della soggettività⁸¹.

Si tratta di una operazione che, sebbene sia stata compiuta in ambiti giuridici tra di loro particolarmente eterogenei e guidata, soprattutto, da “necessità” diverse, sembrerebbe aver posto in luce la capacità di un elemento soggettivo di “retroagire” e produrre i propri effetti *costitutivi* già sul piano della tipicità oggettiva.

È quanto accade, anzitutto, con riferimento alle teorie della c.d. doppia misura della col-

⁷⁴ Più nello specifico, rileva F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3975, come una simile interpretazione consenta di evidenziare «la necessità che il gruppo nel suo complesso non si limiti a discutere di progetti criminosi (...), ma sia concretamente passato alla fase attuativa di tali progetti», fissandosi in questa seconda fase la possibilità di incriminare quanti compungano simili associazioni.

⁷⁵ *Amplius*, F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, 151 ss.

⁷⁶ L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 501.

⁷⁷ *Ibidem*, 502

⁷⁸ Sintetizza efficacemente il punto, G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 166.

⁷⁹ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II^a ed., Torino, 2011, 415.

⁸⁰ Per ampie valutazioni critiche in ordine alla possibilità di inserire all’interno della disposizione codicistica un requisito del tutto assente nella lettera della legge, Cfr., F. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arch. pen.*, 1983, 241; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2008, 244-245; D. FALCINELLI, voce *Terrorismo*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. III, Tomo II*, 2005, 1608-09. Rileva, ancor più incisivamente, che simile ricostruzione vada ad incidere sulla stessa Costituzione, A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 223.

⁸¹ In questa direzione, di recente, anche G. RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria del reato*, Napoli, 2011, 101 ss., che definisce (*passim*, 119) il dolo specifico quale forma di «oggettivazione della subiettività».

pa⁸².

In quest'ambito, al fine precipuo di evitare che dietro le ipotesi di c.d. colpa per inosservanza di leggi venissero ad annidarsi delle ipotesi di responsabilità oggettiva⁸³, è stato rilevato come la regola cautelare prima ancora che rilevare sul piano dell'elemento soggettivo del reato, svolgerebbe la propria funzione con riferimento all'individuazione della condotta tipica. Più nello specifico, la regola cautelare dapprima opererebbe in *funzione generalizzante*, valevole a delineare quale sia (oggettivamente) il comportamento colposo tenuto dall'agente concreto; poi, una funzione *individualizzante*, tesa ad accertare (soggettivamente) la concreta ed effettiva possibilità per il soggetto agente di adeguarsi al contenuto della norma trasgreditata⁸⁴.

Una ulteriore conferma potrebbe ancora ricavarsi dalle più recenti ricostruzioni fornite in tema di "medesimo disegno criminoso". Come noto, una volta eliminato il requisito della necessaria omogeneità delle violazioni commesse dal soggetto agente, la dottrina ha manifestato l'esigenza di "arricchire" la nozione legislativa con note valutative ulteriori per poter "ancorare" il disegno criminoso a dati oggettivi i quali⁸⁵, più facilmente riscontrabili in *rerum natura*, potessero conferire all'istituto la sua tradizionale veste giuridica⁸⁶. In questi termini, si è rilevato come il "disegno criminoso", sedimentandosi all'interno di ogni singolo illecito, renderebbe i reati commessi, pur diversi per *nomen iuris* e bene giuridico tutelato, del tutto omogenei dal punto di vista *sostanziale-sanzionatorio*. Il disegno criminoso, infatti, "incarnandosi" nella commissione di ogni singolo illecito, consentirebbe di individuare tra le violazioni commesse una «unica base di fatto»⁸⁷ per effetto della «comunanza del processo motivazionale tra i singoli reati»⁸⁸ che, per questo, si porrebbero tra di loro, prima, e rispetto al fine, poi, in un «rapporto di interdipendenza funzionale»⁸⁹, individuabile, appunto, già dal punto di vista oggettivo.

Terza, ed ultima, conferma potrebbe essere tratta dall'esegesi fornita con riferimento all'elemento della coscienza e volontà di cui all'art. 42, primo comma, c.p.⁹⁰

La dottrina tradizionale ha inteso circoscrivere la rilevanza della *suitas* all'interno del solo elemento soggettivo del reato⁹¹, alcuni anzi ritenendola un mero concetto di "genere"⁹², espressivo di un «coefficiente minimo di umanità»⁹³ del diritto penale. Altra parte della dottrina, viceversa, ha cercato di "traghetare" la *suitas* già all'interno dell'elemento oggettivo del reato

⁸² Non appare certamente possibile indicare, sia pur approssimativamente, la copiosa bibliografia sorta sul tema. Si rinvia, pertanto, ai più recenti lavori monografici di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 37 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 301 ss., alla quale si rinvia per l'ampia letteratura *ivi* citata.

⁸³ Rischio che si verificherebbe qualora venissero addebitate «all'agente che *in re illicita versatur* tutte le conseguenze lesive causalmente ricollegabili alla sua azione, comprese quelle che costituiscono la realizzazione di rischi non riconoscibili né dominabili». Così, G. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 725. *Amplius*, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 175 ss.

⁸⁴ Cfr., sia pur con diverse sfumature per quanto riguarda la "misura" alla cui stregua operare i due (distinti) giudizi, A. MASSARO, "Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 4712 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

⁸⁵ È stata, in effetti, da più parti sostenuta l'assoluta illogicità di una (ormai divenuta) "continuazione di reati" basata sul solo requisito psicologico. Cfr., ad esempio, le osservazioni "lapidarie" espresse da P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 387, secondo cui «il reato continuato eterogeneo rappresenta nel suo complesso un assurdo logico e dogmatico».

⁸⁶ Per ampi richiami alle elaborazioni teoriche proposte dalla dottrina nell'obiettivo di fornire una valida collocazione strutturale al "medesimo disegno criminoso" nella sua "nuova" veste giuridica, sia consentito il rinvio – anche per quanto attiene all'accoglimento di una nozione di "disegno criminoso" intellettivo-dinamica – a L. BRIZI, *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del "medesimo disegno criminoso" con lo "stato di tossicodipendenza"*, in *Cass., pen.*, 2015, 3594 ss.

⁸⁷ F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 196 ss. In senso analogo, pur se con sfumature differenti, anche F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 481; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 216 ss.; D. BRUNELLI, *Dal reato continuato alla continuazione di reati. Ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cass. pen.*, 2009, 2758.

⁸⁸ E. MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 137; G. FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *ivi*, 1975, 513.

⁸⁹ Si tratterebbe, in quest'ultimo caso, del c.d. indirizio "finalistico" del disegno criminoso, seguito oggi dalla dottrina prevalente. Un'esplicita identificazione del "medesimo disegno criminoso" con il fine ultimo perseguito dal soggetto agente, si ritrova in A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, II^a ed., Padova, 1959, 203. Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII^a ed., Bologna, 2014, 707.

⁹⁰ Sul tema, di recente, M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010.

⁹¹ Per una simile concezione, si veda, per tutti, F. ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *Riv. pen.*, 1932, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, 155-156; *Id.*, *Sul concetto dell'azione nel reato*, in *Riv. pen.*, 1925, 505. Nella manualistica, Cfr. la collocazione sistematica fornita alla *suitas* da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 299 ss.

⁹² Cfr., ad esempio, la posizione di D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, VI^a ed., Torino, 2015, 174.

⁹³ M. ROMANO, *Art. 42*, in *Commentario sistematico*, cit., 422.

o, se si preferisce, della tipicità⁹⁴ nel dichiarato intento di evitare che un simile elemento rimanesse “assorbito” nei tradizionali criteri di imputazione soggettiva del reato. Per questo, è stata da più parti delineata una configurazione, per così dire, “mista” della coscienza e volontà: tale elemento pur appartenendo, *strutturalmente*, ai criteri di imputazione soggettiva del reato, sarebbe in grado di “confluire”, da un punto di vista *sistematico*, nell’elemento oggettivo del reato dalla disposizione incriminatrice⁹⁵. La coscienza e volontà, altrimenti detto, sarebbe non solo il «segmento iniziale comune a dolo, colpa e preterintenzione»⁹⁶ ma, ancor prima e più incisivamente, un «dato imprescindibile della condotta»⁹⁷, una sua caratterizzazione, appunto, oggettiva⁹⁸.

6.

La “duplice anima” del dolo specifico: per una interazione tra reo, reato e realtà. Una possibile conferma dall’art. 270-*sexies* c.p.

L’indagine sin qui compiuta sembrerebbe aver “svelato”, in ultima analisi, la piena ed indiscutibile *attitudine di un elemento soggettivo a “influenzare” anche le modalità tipico-offensive del fatto base cui accede*, concorrendo nella produzione delle conseguenze giuridiche grazie ad una sua più attuale partecipazione alle modalità di estrinsecazione dell’offesa penalmente rilevante.

Le medesime “attitudini” potrebbe, allora, essere riconosciuta anche rispetto alla finalità di terrorismo e, più in generale, al c.d. dolo specifico. Finalità che ben può essere calata nel contesto oggettivo della fattispecie senza determinarne uno “snaturamento” della sua natura dommatica.

Anche per il dolo specifico, sarebbe dunque possibile individuare una “duplice anima”, un duplice momento valutativo ed operativo. Il fine, pur appartenendo *strutturalmente* all’elemento psicologico del reato, sarebbe in grado, da un punto di vista *dinamico-applicativo* di “innerarsi” all’interno delle note comportamentali alle quali accede trovando, in queste, la ragione della sua esistenza. Condotta che, tesa verso un fine ultimo prestabilito dall’agente, perderebbe la propria autonoma individualità, inserendosi all’interno di una trama unitaria della quale ne costituirebbe il *mezzo attuativo*.

L’interazione tra reato e reo che deriverebbe da una simile chiave di lettura, sembrerebbe poi essere maggiormente aderente alla stessa *realtà* (naturalistica) che domina l’agire umano. Ritenere, infatti, che il dolo specifico sia un esclusivo elemento di carattere soggettivo, vorrebbe dire ritenere possibile, anzitutto da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, fissare una cesura tra un momento in cui un soggetto pensa ed elabora dal momento in cui mette, poi, in atto i moti della propria psiche. Al contrario, potrebbe validamente osservarsi come il fine, lo scopo cui si tende, la finalità di terrorismo sia un elemento che si *incarna e si inverte continuamente*; un elemento capace di “illuminare” e, sia consentita l’espressione, “contaminare” il fatto base nel quale, dunque, viene ad innestarsi lasciando piena e sicura traccia della sua esistenza.

Si tratta di considerazioni che sembrerebbero trovare una plausibile conferma nella formulazione del requisito della c.d. finalità terroristica, cristallizzato dal legislatore nell’art. 270-*sexies* c.p. Senza addentrarsi nella “galleria del vento” e valutare se tale disposizione costituisca «un rimedio peggiore del male»⁹⁹ e la sua attitudine ad individuare, *in concreto*, la finalità terroristica¹⁰⁰, si deve piuttosto rilevare come una simile finalità venga ad essere “agganciata”

⁹⁴ In questi termini, di recente, F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 125. Analogamente, già G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 196-197; F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine*, cit., 146 ss.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1950, 219.

⁹⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2013, 221. Per un esplicito accoglimento della ricostruzione, I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2004, 280.

⁹⁶ M. GALLO, *Op. ult. cit.*, 222.

⁹⁷ A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., 1303 ss.

⁹⁸ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 114, il quale rileva, ancor più incisivamente, come la *suitas* appartenga all’elemento oggettivo del reato.

⁹⁹ G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 62 ss.

¹⁰⁰ Rileva, in effetti, come tale disposizione si risolva in una sorta di cambiale in bianco, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 746, nota 43. *Amplius*, A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1222 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis*, cit., p. 3953 ss.; M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo*, cit., 77 ss.

ad un preciso elemento del reato: la *condotta* che, «*per sua natura o contesto*», risulti “in grado” di realizzare gli obiettivi delineati, poi, dalla disposizione. Un simile binomio, altrimenti detto, sembrerebbe suggerire l’idea – già avallata, del resto, dalla stessa Corte di Cassazione nel celebre caso “No TAV”¹⁰¹ – per cui la finalità di terrorismo non debba essere ricercata “nella mente del reo” quanto nei comportamenti da questo posti in essere, giacché materialmente intrisi di quel fine. Seguendo simile ordine di idee, si potrebbe dire che la finalità di terrorismo e, volendo, lo stesso dolo specifico, lungi dal rappresentare un fenomeno esclusivamente psicologico, “innestandosi” nel fatto-base consentirebbe di attribuire rilevanza penale solo a quelle condotte “*seriamente*” capaci di raggiungere il fine tipico espressamente previsto dalla norma penale incriminatrice.

In quest’ottica, dunque, troverebbe conferma l’affermazione secondo cui il c.d. dolo specifico sarebbe un elemento «soggettivo dell’illecito»¹⁰². Un elemento chiamato a svolgere una funzione non già “servente” rispetto alla previa qualificazione giuridica di un fatto come penalmente rilevante, ma una funzione “concorrente” al pari degli altri elementi oggettivi. Il c.d. dolo specifico, dunque, completando «la forza fisica obiettiva»¹⁰³ dell’illecito, consentirebbe così di recuperare quella “tipicità materiale dimidiata” che, altrimenti, ben potrebbe essere validamente sindacata in quanto costituzionalmente illegittima.

¹⁰¹ Cass., sez. VI pen., 15 maggio 2014, n. 28009, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014, con nota di S. ZIRULA, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*; in *Cass., pen.*, 2015, 2266 ss., con nota di M. BENDONI, *Assalto al cantiere T.A.V. di Chiomonte: non fu terrorismo*.

¹⁰² T. PADOVANI, *La frode fiscale. Profili generali*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982, n. 516, modificata dalla Legge 15 maggio 1991 n. 154*, a cura di C.F. Grosso, II^a ed., Milano, 1992, 196. Cfr., pure, l’efficace definizione fornita da M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 156, secondo cui il c.d. dolo specifico sarebbe un elemento «tipico, trascendente, elettivo e costitutivo dell’illecito».

¹⁰³ È noto come già il Carrara avesse individuato nel (da lui definito) “dolo speciale” un elemento in grado di “influenzare” il disvalore giuridico del fatto di reato già sul piano oggettivo. Per ampi richiami alla posizione dell’Autore, Cfr., L. PICOTTI, *Alle origini della nozione di dolo specifico: obiettività giuridica e obiettività ideologica nell’evoluzione della teoria carrariana del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, 1991, 535 ss.

L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione

Glorification of Islamic Terrorism in Criminal Justice and Immigration Law

EDOARDO MAZZANTI

Perfezionato in Legge penale e persona presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO, TERRORISMO,
ISTIGAZIONE E APOLOGIA, ESPULSIONE DELLO STRANIERO

FREEDOM OF SPEECH, TERRORISM,
INCITEMENT AND APOLOGY, EXPULSION

ABSTRACT

L'insidiosità delle nuove forme di propaganda e incitamento adoperate dai moderni terroristi, specie di matrice jihadista, ha prepotentemente riportato alla luce la storica tensione tra libertà di manifestazione del pensiero e sicurezza pubblica. Questo lavoro si propone di analizzare sinteticamente come, in tempi recenti, questi due contrapposti interessi siano stati bilanciati nel diritto penale e nel diritto amministrativo dell'immigrazione. L'idea di fondo che ispira la trattazione è che l'ordinamento abbia 'scaricato' sul secondo ambito le istanze di prevenzione e repressione tradizionalmente appannaggio del primo, prediligendo reagire agli episodi di adesione ideologica verso il fenomeno terroristico (*tweets*, download di video, proclami in pubblico) con lo strumento dell'espulsione amministrativa piuttosto che col processo penale. Ne deriva un sistema dall'alto tasso di effettività ove, tuttavia, le garanzie sostanziali e procedurali connesse alla libertà d'espressione - specialmente di cittadini stranieri - rischiano di venire drasticamente compresse.

This article deals with the limits to terroristic hate-speech - in particular, the glorification of Islamic terrorism and incitement to jihad - in the Italian legal system. More precisely, the author describes how, in the case of public terroristic hate-speech, the balance between freedom of speech and prevention of terrorism is struck in criminal law and immigration law, underpinning, on the one side, the divergent assessment of the danger to the public order and state security for a person to be either criminally prosecuted or expelled; while on the other side, underpinning the divergent enjoyment of the right to a fair trial in case of, respectively, criminal prosecutions for public incitement to terrorism and administrative expulsion for terrorism prevention purposes.

SOMMARIO

1. Introduzione. L'esercizio della libertà d'espressione e i suoi limiti. – 1.1. *Segue*: le nuove sfide poste dal terrorismo islamista. – 2. Le risposte dell'ordinamento penale: istigazione e apologia di delitto. – 2.1. Due recenti casi di apologia dell'IS attraverso internet. – 2.2. Bilancio. – 3. Le risposte dell'ordinamento amministrativo: l'espulsione ministeriale dello straniero. – 3.1. Il caso dell'imam espulso. – 3.2. Spunti critici. – 4. Considerazioni finali. Il *favor expulsionis* e la cedevolezza del diritto alla libertà d'espressione.

1.

Introduzione. L'esercizio della libertà d'espressione e i suoi limiti.

Come noto, secondo l'interpretazione progressivamente datane da dottrina e giurisprudenza, l'art. 21 della Costituzione disegna un modello di democrazia c.d. aperta, che accorda tutela ad ogni manifestazione del pensiero, a prescindere dal contenuto. La disposizione costituzionale, in altre parole, offre copertura alla diffusione di qualunque tipo di ideologia, persino di quelle abiette, spregevoli, dichiaratamente avverse allo spirito democratico¹; del resto, nell'affermazione della libertà d'espressione, è previamente e implicitamente scontata «l'accettazione della 'sofferenza' determinata dall'esperienza dell'altrui aperta contraddizione dei valori in cui si crede»².

Nondimeno, è altresì noto che, al di là del riferimento espresso al buon costume, la libertà di manifestazione incontra vari limiti, globalmente tesi a proteggere valori e diritti parimenti protetti dalla Carta costituzionale. Fra i limiti di natura *pubblicistica*, grande rilevanza assume quello relativo alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica³; concetti comunemente interpretati in senso *materiale*, volti a indicare, cioè, non tanto un complesso idealizzato di valori, quanto una condizione - per l'appunto, *materiale* - di pubblica tranquillità, di «pacifica convivenza immune da violenza»⁴.

Strettamente connessa al tema dei limiti alla libertà d'espressione - o, detto altrimenti, del bilanciamento tra esercizio della libertà d'espressione e tutela dell'ordine pubblico -, è la questione relativa alla adeguatezza dell'intervento repressivo. In proposito, sulla scia di corroborata giurisprudenza costituzionale⁵, si ammette che la manifestazione di un certo pensiero possa venire sanzionata in considerazione non già del contenuto epistemico di tale pensiero, bensì della *forma* in cui esso è manifestato e, soprattutto, delle sue *possibili conseguenze* nel mondo empirico, secondo uno schema argomentativo che consente di tenere insieme mate-

¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 11ss; G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, *Enc. dir.*, Milano, 1980, 1061s. In senso parzialmente difforme, sostiene che la Corte costituzionale abbia talora mantenuto un «sottile, ma non per questo meno significativo margine di apprezzamento sul contenuto, sul nucleo ideologico delle espressioni di pensiero», C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Milano, 2008, 24ss.

² G. DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, 294.

³ I termini della questione sono stati lucidamente abbozzati nella sentenza con cui la Corte inaugurò la propria attività; nella decisione, in particolare, si legge che «bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile. È evidentemente da escludere che con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentite attività le quali turbino la tranquillità pubblica, ovvero abbia sottratta alla polizia di sicurezza la funzione di prevenzione dei reati.» Corte cost., sent. n. 1/1965. La stessa Consulta, in una celebre sentenza avente ad oggetto l'apologia di delitto, dimostra di adoperare i beni 'ordine pubblico' e 'sicurezza pubblica' come sinonimi: «la libertà di manifestazione del pensiero [...] trova i suoi limiti [...] anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema». Corte cost., sent. n. 65/1970. Sulla *sicurezza pubblica* come bene rientrante nella più ampia categoria di *ordine pubblico*, G. DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, 285.

⁴ G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, *Enc. dir.*, Milano, 1980, 1061; in prospettiva penalistica, C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, *Enc. dir.*, Milano, 1980, 1084, part. 1096ss. Per certi versi, si può dire che l'interpretazione *materiale* dell'ordine pubblico muova dal contesto penalistico: se inteso come interesse della *collettività* e non come ragion di Stato, infatti, tutelare l'ordine pubblico significa proprio prevenire la commissione di reati. Da ultimo, esprime forti dubbi circa la reale selettività del bene dell'ordine pubblico (anche *materiale*) in rapporto ai reati d'opinione, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 2, 1001ss.

⁵ Secondo T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, in T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2004, 58, la 'correzione' offerta dalla Consulta con sentenza 65/1970 «dimostra *ex adverso* quale dovesse essere la prospettiva originaria della tutela.» Fra le altre pronunce rilevanti in materia, seppur con oggetti diversi, esiti differenti e percorsi argomentativi piuttosto ondivaghi, Corte cost., sent. n. 74/1958; Corte cost., sent. n. 19/1962; Corte cost., sent. n. 87/1966; Corte cost., sent. n. 16/1973; Corte cost., sent. n. 108/1974; Corte cost., sent. n. 71/1978; Corte cost., n. 126/1985; Corte cost., sent. n. 531/2000. Per un efficace quadro di sintesi, D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 239.

rialità e offensività del reato, da un lato, garanzia della libertà d'espressione, dall'altro⁶. Ciò, con specifico riferimento ai cc.dd. reati d'opinione, significa che l'ordinamento reprime - e, ove possibile, previene - *esclusivamente* l'uso della parola che si riveli concretamente idoneo a favorire l'adesione al progetto criminoso in essa enunciato⁷.

In definitiva, non è tanto dalle idee repellenti, quanto dalla concreta possibilità che la loro diffusione 'crei disordine' che, per dirla col titolo d'un autorevole contributo, *lo Stato può difendersi*.

1.1. Segue: le nuove sfide poste dal terrorismo islamista.

Al cospetto delle nuove forme di manifestazione del terrorismo globale⁸, e specialmente del terrorismo *islamista*⁹, le condotte di diffusione del pensiero - pensiero odioso, poiché generalmente volto a glorificare autentiche barbarie - assumono un ruolo nevralgico. È però, di fronte a questa minaccia invero inedita¹⁰, applicare le categorie tradizionali in materia di libertà d'espressione poc'anzi riassunte può talora risultare complicato. Due, a colpo d'occhio, i fattori di criticità.

In primo luogo, va rilevato che 'l'uso della parola', all'interno del contesto jihadista, svolge una funzione, verrebbe da dire, a sé stante, costitutiva, che va ben al di là della semplice divulgazione: incitamento, propaganda, apologia o anche solo manifestazioni di simpatia sono componenti fondamentali delle strategie jihadiste, poiché in grado, al contempo, di terrorizzare il nemico, di infondere senso di potenza nei fedeli e di incrementare l'arruolamento tra le fila radicali¹¹.

Merita notare che oggetto delle dichiarazioni di adesione ideologica è, molto spesso, non tanto uno *specifico* evento, quanto la *generica* affiliazione al gruppo terroristico¹². In quest'ottica, la funzione della manifestazione di pensiero risulta variamente declinabile a seconda dell'organizzazione volta volta considerata.

Così, mentre, nel caso di Al-Qaeda, l'affinamento delle tecniche di persuasione è servito a sopperire all'indisponibilità di contesti geo-politici ove ricreare campi di addestramento, scuole e infrastrutture¹³ - indisponibilità derivante dai bombardamenti post 11 settembre 2001 da parte della coalizione occidentale - ; nel caso del c.d. Califfato o Stato islamico (IS), la 'militanza ideologica' funge da

⁶ G. DE FRANCESCO, *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, *Ind. pen.* 2009, 2, 398. Da ultimo, nello stesso senso, A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 2, 849ss.

⁷ Fra i molti, C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, cit., 1093ss; G. DE VERO, voce *Istigazione*, cit., 292ss, 299s; A. GARGANI, sub art. 414, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2014, 2437, part. 2440ss; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, 255ss; V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti col tentativo*, Padova, 1995, 37ss; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, *Riv. it. dir. pen. proc.* 2007, 2-3, 689, part. 701ss; Id., *Istigazione punibile e libertà di parola*, cit., 845; C. VISCONTI, *Art. 414 Istigazione a delinquere*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Torino, 2008, 1009, part. 1027ss; Id., *Aspetti penalistici*, cit., 91ss.

⁸ Un'opportuna distinzione tra reazione al terrorismo *interno* e reazione al terrorismo *esterno*, proprio in materia di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, è offerta da M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili di costituzionalità dell'espulsione ministeriale*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA, Pisa, 2016, 71ss, 74ss.

⁹ L'Accademia della Crusca ha dato conto del progressivo utilizzo della locuzione 'islam-ista', atta a indicare, appunto, qualcosa o qualcuno legato al fondamentalismo islamico. L'incremento nell'uso del termine - originariamente adoperato per definire gli studiosi di materie islamiche - è conseguenza diretta dell'aumento di episodi terroristici generalmente riconducibili al *jihad*: così, «di fronte alla necessità di 'raccontare' questa evoluzione all'interno della complessa compagine del mondo islamico, la stampa ha semplicemente attivato una possibilità offerta dal sistema della lingua italiana, creando la contrapposizione semantica tra islamico e islamista.» <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/islamico-islamista>

¹⁰ Lo spartiacque in materia - sia per quanto riguarda il fenomeno terroristico in sé, sia per quanto riguarda la sua percezione diffusa - è ovviamente rappresentato dall'attacco al *World Trade Center* dell'11 settembre 2001. In proposito, per tutti, R. GUOLO, *Jihad e 'violenza sacra'*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. DE MAGLIE - S. SEMINARA, Padova, 2007, 14ss; C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, 2010, 85ss; F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 45ss.

¹¹ R. Guolo, *Jihad e 'violenza sacra'*, cit., 25.

¹² Il riferimento alla *organizzazione*, in questa sede, è dettato da esigenze di semplificazione; in realtà, l'universo jihadista si presenta altamente composito, frammentato in una dimensione globale e una locale, articolato su un livello *verticistico* (le strutture centrali), un livello *intermedio* (organizzazioni locali affiliate), un livello *di base* (cellule terroristiche) e, infine, un livello *individuale* (singoli jihadisti). F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 35. A livello UE, il cambio del paradigma organizzativo dei gruppi terroristici è alla base della decisione quadro 2008/919/GAI, che modifica la precedente decisione quadro 2002/475/GAI sul contrasto al terrorismo (cfr cons. n. 3).

¹³ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 49.

vera e propria testimonianza di appartenenza identitaria: esplicitando la propria adesione al programma enunciato da al-Baghdadi¹⁴ - e, di conseguenza, esaltandone le atrocità -, un soggetto 'si professa cittadino' del sedicente Stato islamico, si dichiara parte di una collettività che vede nel califfo la propria unità politica¹⁵.

L'esaltazione di un'organizzazione terroristica e l'invito ad aderirvi presentano, dunque, peculiarità e ambiguità. Quest'ultime, una volta trasposte sul piano preventivo/repressivo¹⁶, possono complicare la distinzione tra mera (benché odiosa) posizione ideologica e fatto penalmente rilevante, a sua volta astrattamente riconducibile in un insieme di fattispecie piuttosto eterogeneo, che va dai comuni reati d'opinione al delitto d'associazione con finalità di terrorismo¹⁷, passando per un nutrito catalogo di ipotesi intermedie¹⁸.

In secondo luogo, non si può certo sottovalutare il ruolo fondamentale svolto dai moderni strumenti di comunicazione di massa¹⁹. In proposito, è indubbiamente agli affiliati o ai semplici sostenitori dell'IS che va attribuito il primato nell'utilizzo di internet: il ricorso - verrebbe da dire, quasi 'scientifico' - a *social media* e *social network*, in particolare, consente all'IS di aumentare esponenzialmente il proprio bacino d'utenza, coinvolgendo un ampio numero di soggetti giovanissimi e naturalmente predisposti allo sfruttamento degli strumenti virtuali (cc. dd. nativi digitali)²⁰.

L'importanza assunta da internet nelle strategie dello Stato islamico è tale da condurre gli esperti a parlare dell'instaurazione di un vero e proprio *cyber* o *virtual Caliphate*²¹, una sorta di binario parallelo che, seppur necessariamente intersecato con la dimensione *reale*, di fatto, vive 'di vita propria'. In tale frangente, la propaganda, incisiva e persistente, segue logiche di frammentazione, dispersione e finanche spersonalizzazione, essendo molti dei contenuti immessi in rete non riconducibili a persone *realmente esistenti* bensì replicati attraverso specifici *software* (i cc. dd. *bot*). L'obiettivo è diffondere una narrazione del Califfato capillare e continua, che, da un lato, ne esalti i metodi violenti e spietati contro gli 'infedeli'; dall'altro, ne magnifichi le componenti ideologiche, politiche e sociali.

La centralità del canale informatico e la pericolosità delle condotte commesse attraverso di esso spiegano l'impegno profuso, sia a livello internazionale che a livello domestico,

¹⁴ Abu Bakr al-Baghdadi è il soggetto autoproclamatosi califfo nell'estate del 2014; egli è l'erede politico di Abu Mus'ab al-Zarkawi, figura di spicco di Al-Qaeda in Iraq progressivamente allontanatosi da Osama Bin Laden fino alla definitiva separazione; il c.d. Califfato islamico nasce, per l'appunto, dalle ceneri di questa originaria cellula di Al-Qaeda. Per la ricostruzione storica, J. SEKULOW, *Isis. La sua avanzata*, Milano, 2015, 24ss.

¹⁵ A. VEDASCHI, *Da Al-Qa'ida all'IS: il terrorismo islamico si è fatto Stato?*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 52ss, 76s, la quale spiega che «è in questo approccio adesivo-identitario finalizzato ad una specifica *mission* orientata da una altrettanto definita *vision* che il militante-terrorista diventa cittadino dell'*Islamic State*.» La legittimazione fattuale del c.d. Stato islamico deriva anche dalla sua capacità di essersi elevato a *global brand*: a partire dall'attentato alla redazione del giornale Charlie Hebdo, in effetti, l'IS ha rivendicato molteplici episodi di violenza commessi da soggetti che, tuttavia, con l'IS non avevano alcun legame. L. STAFFLER, *Politica criminale e contrasto al terrorismo internazionale alla luce del d.l. antiterrorismo del 2015*, *Arch. pen.*, 2016, 3, 7.

¹⁶ Dal differente *modus operandi* del gruppo terroristico derivano differenti esigenze di prevenzione. Così, sul contrasto tra Al-Qaeda e l'IS, S. COLAIOTTO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, *Arch. pen.*, 2015, 2s.

¹⁷ La giurisprudenza si mostra generalmente accorta nel non reprimere le mere posizioni ideologiche: in questo senso, con specifico riferimento all'esaltazione dell'IS, Cass. pen. sez. V, sent. 14.7.2016 n. 48001; in passato, già Cass. pen. sez. I, sent. 15.6.2006 n. 30824; Cass. pen. sez. VI, sent. 13.10.2004 n. 12903. Nondimeno, può accadere che, al di là delle affermazioni di facciata, fenomeni di proselitismo - peraltro di dubbia pericolosità - vengano talora ricondotti nell'alveo della fattispecie associativa. Cfr Cass. pen. sez. VI, sent. 12.7.2012 n. 46308.

¹⁸ Si pensi alla propaganda di viaggi in territorio estero finalizzati alle condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*.1 c.p.), o anche al fatto stesso di arruolarsi (art. 270-*quater* co. 2 c.p.), che, con un'interpretazione della norma eccessivamente lata, potrebbe ritenersi integrato a fronte del «mero impegno verbale, magari ripetuto, a farsi martire per Allah, unendosi ai terroristi.» A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo*, n. 7 del 18 febbraio 2015, in questa *Rivista*, 2, 2015, 230.

¹⁹ UNDOC, *The use of internet for terrorist purposes*, New York, 2012. Le attività di propaganda o comunicazione attraverso internet rientrano nel c.d. cyberterrorismo *tool-oriented*; viceversa, nel caso in cui la rete rappresenti l'oggetto dell'azione criminosa, si parla di c.d. cyberterrorismo *target-oriented*. Per un efficace inquadramento, P.W. BRUNST, *Terrorism and the Internet: new threats posed by cyberterrorism and the terrorist use of the internet*, in *A war on terror? The European stance on a new threat, changing laws and human rights implications*, a cura di M. WADE - A. MALJEVIĆ, New York - Dordrecht - Heidelberg - London, 2010, 51.

²⁰ S. DAMBRUOSO, *Lo Stato islamico, una minaccia concreta*, *Gnosis*, 2015, n. 1; A. TETI, *Isis e social network. Da Twitter a Facebook passando per Whatsapp e Youtube*, *ibidem*, 2015, n. 4, 75; A. VEDASCHI, *Da Al-Qa'ida all'IS*, cit., 57s; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 64s. Più in generale, sui rischi derivanti dall'uso quotidiano e 'convenzionale' di internet, P.W. BRUNST, *Terrorism and the Internet*, cit., part. 73ss.

²¹ Si rimanda all'approfondita e interessantissima disamina di C. WINTER, *Documenting the Virtual 'Caliphate'*, 2015, consultabile su www.quilliamfoundation.org.

nell'approntare misure di contrasto all'uso di internet per scopi terroristici²². In generale, la limitazione della libertà d'espressione - o, meglio, la penalizzazione dell'uso criminogeno di tale libertà²³ - s'inserisce nel solco dell'anticipazione della tutela: l'intervento per fronteggiare la minaccia derivante da manifestazioni di adesione ideologica al terrorismo jihadista, in altre parole, segue un approccio eminentemente *preventivo*²⁴, incentrato, nella migliore delle ipotesi, sul *pericolo*²⁵ per l'ordine pubblico e per la sicurezza collettiva²⁶.

Orbene, ciò sommariamente premesso, è giunto il momento di verificare come, nel sistema italiano, tale istanza preventiva venga 'presa in carico' da due ordinamenti distinti eppure necessariamente destinati a intersecarsi, talvolta finanche a sovrapporsi: da una parte, l'*ordinamento penale*, con specifico riferimento ai reati di istigazione e apologia di delitto; dall'altra, l'*ordinamento amministrativo*, con specifico riferimento agli strumenti offerti dal diritto dell'immigrazione.

2. Le risposte dell'ordinamento penale: istigazione e apologia di delitto.

Il drastico incremento di episodi di magnificazione pubblica della causa terroristica ha innescato una rivitalizzazione dei delitti contro l'ordine pubblico e, più precisamente, delle ipotesi di istigazione e apologia di delitto (art. 414 co. 1 e 3 c.p.).

Le caratteristiche delle fattispecie base citate sono note. Formalmente, si tratta di reati *comuni*, sebbene, in caso di istigazione/apologia avente ad oggetto l'adesione stessa all'organizzazione terroristica (ad esempio, all'IS), debbano essere preferibilmente esclusi dal novero dei possibili soggetti attivi coloro i quali facciano già parte dell'organizzazione. La condotta si sostanzia, per quanto concerne l'*istigazione*, nell'impegno a far sorgere o rafforzare l'altrui proposito criminoso; per quanto concerne l'*apologia*, nell'esaltazione di un fatto delittuoso

²² Diffusamente, V. DI PASQUA, *Libertà di espressione in Internet e sicurezza. Il cyberterrorismo*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa*, cit., 47; C. LAMBERTI, *Gli strumenti di contrasto al terrorismo e al cyberterrorismo nel contesto europeo*, *Riv. crim. vittim. sic.*, 2014, 2, 139. È in questa direzione, peraltro, che vanno le disposizioni di cui all'art. 2 co. 2, 3 e 4 d.l. 18.2.2015 n. 7 conv. in l. 17.4.2015 n. 43 in materia di cc.dd. *black-list*, obblighi in capo ai fornitori di connettività e poteri del p.m. su siti reputati 'veicolo' di attività connesse al terrorismo.

²³ Di per sé, precisa la decisione quadro 2008/919/GAI, esula dalla nozione di *public provocation to commit terrorist offences* «the expression of radical, polemic or controversial views in the public debate on sensitive political questions, including terrorism» (cons. n. 14); ne consegue il divieto, in capo agli Stati membri, di prendere «measures in contradiction of fundamental principles relating to freedom of expression» (art. 2).

²⁴ La stessa decisione quadro 2008/919/GAI sancisce l'obbligo di criminalizzazione di fatti collegati alle attività terroristiche «in order to contribute to the more general policy objective of preventing terrorism through reducing the dissemination of those materials which might incite persons to commit terrorist attacks» (cons. n. 7). Sull'anticipazione della tutela nella politica criminale europea, per tutti, F. GALLI - K. SUGMAM STUBBS, *Inchoate offences. The sanctioning of an act prior to and irrespective of the commission of any harm*, in *EU counterterrorism offences: what impact on national legislation and case law*, a cura di F. GALLI - A. WEYEMBERGH, Bruxelles, 2012, 291. In senso critico circa l'eccessiva anticipazione, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, 117ss, part. 148ss; F. FASANI, *Il decreto antiterrorismo. Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 928, secondo il quale l'Europa, in teoria, «ha preservato un'impostazione liberale, ancorandosi ai principi cardine del diritto penale nel contrasto della grave minaccia terroristica»; in prassi, però, «ha tradito le proprie promesse, approntando una 'caccia all'autore terrorista' forse ancor più subdola, in quanto mantenuta sottotraccia e non espressamente dichiarata.»

²⁵ L'art. 3 § 1 lett. a dec. quad. 2002/475/GAI, come sostituito dall'art. 1 dec. quad. 2008/9197GAI, stabilisce che la pubblica provocazione a commettere un reato terroristico dev'essere punita se la relativa condotta «whether or not directly advocating terrorist offences, causes a danger that one or more such offences may be committed». Da questo punto di vista, ricorrendo ad un'endiadi ormai entrata a far parte della grammatica penalistica nostrana, la creazione del *pericolo* integra l'evoluzione di un *rischio* comunque immanente al sistema e non totalmente eliminabile. In linea coi meccanismi originariamente elaborati in settori diversi (es. alimenti, ambiente, sicurezza sul lavoro ecc.), l'ordinamento europeo si propone, in prima battuta, di 'imbrigliare' i fattori di rischio, adattando alle peculiarità del fenomeno terroristico principi, strumenti e procedimenti tipici della c.d. *risk regulation*; in seconda battuta, di sanzionare - anche in via penale - chi, violando tale disciplina, determina l'insorgenza di un vero e proprio pericolo. È su tali basi che le condotte di manifestazione del pensiero concretamente idonee a provocare la commissione di reati terroristici vengono criminalizzate. Sulla disciplina del *rischio terroristico*, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, 86ss, 138ss; J. WOUTERS - S. DUQUET, *Managing the unmanageable: the European Union and terrorism*, in *Risk and the EU law*, a cura di H.W. MICKLITZ - T. TRIDIMAS, Cheltenham, 2015, 95; in prospettiva penalistica, M. BORGERS - E. VAN SLIEDREGT, *The meaning of the precautionary principle for the assessment of criminal measures in the fight against terrorism*, *Erasmus law rev.*, 2009, 2, 171, part. 187ss.

²⁶ P.W. BRUNST, *Terrorism and the Internet*, 70ss; C. C. MURPHY, *EU counter-terrorism law. Pre-emption and the rule of law*, Oxford, 2012, 68 ss; F. GALLI, *Freedom of thought or 'thought-crimes'? Counter-terrorism and freedom of expression*, in *Countering terrorism and crossing legal boundaries*, a cura di A. Mansferrer - C. Walker, Cheltenham, 2013, 106; EAD., *The law on terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruxelles, 2015, 72ss.

finalizzata a spronare altri all'imitazione. In entrambi i casi, è richiesta la *pubblicità*²⁷, nota modale della condotta e, al contempo, parametro di individuazione dei destinatari del messaggio. Le condotte debbono avere ad oggetto, rispettivamente, la commissione di uno o più reati e uno o più delitti, fra i quali sono tradizionalmente incluse anche le fattispecie associative. In entrambi i casi, è richiesta la *concretezza del pericolo*, vale a dire, semplificando, l'effettiva idoneità della condotta istigatrice o apogetica a provocare la commissione di delitti e, perciò, a turbare l'ordine pubblico²⁸. La prova di suddetto pericolo viene a dipendere dal *contenuto* intrinseco del messaggio, dal *contesto* entro cui esso è veicolato e, per ultimo, dalle *condizioni personali* dell'autore, trattandosi pur sempre di fattispecie soggettivamente pregnanti²⁹. Entrambi i delitti sono caratterizzati dal dolo generico, «mero riflesso dell'aspetto oggettivo della condotta punibile»³⁰: esso consiste nella coscienza e volontà del fatto di istigazione o apologia, essendo del tutto irrilevanti il fine particolare perseguito ed i motivi dell'agire³¹.

Alla fattispecie base, nell'ultimo decennio, si sono poi aggiunte due circostanze aggravanti ad effetto speciale che si attagliano perfettamente al tema in oggetto; esse sono entrambe contenute nel quarto comma dell'art. 414 c.p..

La prima, inserita dall'art. 15 d.l. 27.7.2005 n. 144 conv. in l. 31.7.2005 n. 155, prevede un innalzamento di pena della metà qualora l'istigazione o l'apologia riguardi «*delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità*»³²; se la vaghezza della seconda locuzione ha subito sollevato notevoli problemi interpretativi, più agevole, di contro, risulta l'individuazione dell'ambito di operatività della prima, reso (relativamente)³³ più nitido grazie alla contestuale introduzione della norma definitoria «*condotte con finalità di terrorismo*» di cui all'art. 270-*sexies* c.p.³⁴. La norma si applica «*al di fuori dei casi di cui all'art. 302 c.p.*», precisazione tutto sommato superflua considerato che quest'ultima fattispecie e l'istigazione aggravata *ex art.* 414 co. 4 c.p. intercettano fatti differenti³⁵. Così, esemplificando, rientrerà nella prima ipotesi il fatto dell'imam che sproni pochi adepti ben identificati a recarsi in Siria per intraprendere il jihad; nella seconda il fatto dell'imam che, per converso, inneggi al terrorismo in un'affollata moschea, rivolgendosi ad un pubblico indeterminato.

²⁷ Esclude la conformità ai principi costituzionali dell'istigazione 'privata', G. DE FRANCESCO, *L'estensione delle forme di partecipazione*, cit., 398s: «soltanto in presenza di certi luoghi (pubblici, appunto), e nell'immediatezza del rapporto interpersonale con una pluralità di persone, l'istigazione è in grado di 'recuperare' il suo sostrato materiale e di esprimere concretamente il proprio disvalore. È il *contesto*, insomma, a svolgere un ruolo decisivo».

²⁸ La giurisprudenza ritiene assorbente il requisito dell'*idoneità*. In proposito, T. Torino sez. I, sent. 18.1.2016 n. 4573, in questa *Rivista*, 8.2.2016, con nota di S. ZIRULIA, 'La TAV va sabotata': Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere; Cass. pen. sez. I, sent. 20.1.2015 n. 7842; Cass. pen. sez. I, sent. 16.10.2008 n. 40684, ove la *idoneità* viene interpretata alla stregua di «forza persuasiva e suggestiva» delle frasi pronunciate ai fini istigatori; Cass. pen. sez. I, sent. 5.6.2001 n. 26907. Parte di dottrina, assieme alla *idoneità*, richiede altresì la valutazione della *univocità* della condotta; ragionando in questi termini, peraltro, sarebbe giocoforza escludere la rilevanza penale della istigazione c.d. indiretta.

²⁹ Cass. pen. sez. I, sent. 5.5.1999 n. 8779. Con specifico riferimento al *contesto*, in un caso recente e noto, è stato riconosciuto che per «*l'integrazione del reato di istigazione (sia nella forma diretta che indiretta), assume rilevanza il contesto spazio-temporale ed economico-sociale nel quale le frasi sono state pronunciate. Occorre, in particolare, che le frasi vengano pronunciate in un contesto, ove, per ragioni contingenti, è immediato ed attuale il rischio che il messaggio istigatorio eserciti la propria forza suggestiva e persuasiva verso lo stimolo nell'animo dei destinatari alla commissione dei fatti criminosi propalati.*» T. Torino n. 4573/2016, cit. Il riferimento alla *contingenza*, peraltro, sembrerebbe avvicinare questa istigazione (di parte speciale) all'istigazione di parte generale. Cfr F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 242. Sull'accertamento del pericolo, in dottrina, con accenti diversi, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 208ss; C. VISCONTI, *Art. 414*, cit., 1039 ss.; A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola*, cit., 852ss. In senso critico, G. DE VERO, voce *Istigazione*, cit., 299, sottolinea che la rilettura dell'apologia di delitto quale reato di pericolo concreto offerta dalla Corte costituzionale, prima, e della giurisprudenza ordinaria, poi, prelude ad una «*pilatesca*» deresponsabilizzazione del legislatore, il quale «rimette al giudice un accertamento concreto destituito in partenza di plausibili canoni di verificabilità»; per tale via, nonostante le dichiarazioni d'intenti, «si finisce per ripiegare su quella potenzialità criminogena estremamente generica e sfumata che può indubbiamente ascrivere a qualsiasi manifestazione pubblica di pensiero 'perverso', ma che [...] [non può] assurgere a legittimo limite della libertà d'espressione.»

³⁰ C. VISCONTI, *Art. 414*, cit., 1046.

³¹ Cass. pen. n. 40684/2008, cit.

³² Parzialmente critica sull'introduzione dell'aggravante poiché ridondante rispetto alle indicazioni vincolanti a livello internazionale in materia di repressione di *hate speech* terroristico, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 276.

³³ Sui problemi posti dalla codificazione della definizione di 'condotte con finalità di terrorismo', fra i moltissimi, L.D. CERQUA, *La nozione di 'condotte con finalità di terrorismo' secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in *Terrorismo internazionale*, cit., 55; M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, a cura di R. KOSTORIS - R. ORLANDI, Torino, 2007, 79; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 209ss; C. PIEMONTESE, *Art. 270-*sexies**, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2014, 1556ss; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 232ss.

³⁴ Nondimeno, l'accertamento della concreta idoneità del messaggio a provocare la violazione di leggi penali potrebbe venir complicato, in questo ambito, dal frequente ricorso a «una terminologia non sempre esplicita, ma fatta di metafore e termini religiosi ambigui». A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 10, 1230.

³⁵ (i) L'art. 302 c.p. richiama solo l'istigazione, mentre l'art. 414 co. 4 c.p. contempla sia istigazione che apologia; (ii) solo nel caso dell'art. 414 co. 4 c.p., è richiesto che la condotta istigatoria sia tenuta *pubblicamente*; (iii) l'art. 302 c.p. postula l'istigazione di *taluno*, mentre nell'art. 414 co. 4 c.p. essa debb'essere rivolta *in incertam personam*.

La seconda aggravante, introdotta dall'art. 2 co. 1 d.l. 18.2.2015 n. 7 conv. in l. 17.4.2015 n. 43, s'innesta sulla precedente e prevede l'aumento di pena fino a due terzi se il fatto (di istigazione o apologia aggravata) «è commesso attraverso strumenti informatici o telematici»³⁶. La circostanza trova applicazione qualora l'autore adoperi strumenti informatici che consentano la comunicazione intersoggettiva mediante l'elaborazione di dati (*social network*, messaggistica *online*, servizi di VoIP ecc.). *Ratio* della norma è, evidentemente, colpire più gravemente fatti connotati da una potenzialità diffusiva amplissima e teoricamente incontrollabile³⁷.

2.1. *Due recenti casi di apologia dell'IS attraverso internet.*

La Cassazione - in sede cautelare - ha recentemente avuto modo di giudicare due casi di apologia di associazione con finalità di terrorismo, addivenendo, in entrambe le occasioni, al rigetto del ricorso e alla conferma della misura restrittiva. Nonostante la sommarietà di giudizio imposta dalla funzione cautelare, crediamo che le decisioni offrano spunti interessanti ai fini della nostra indagine.

Il primo caso riguarda un soggetto accusato di aver diffuso su internet 'Lo Stato islamico, una realtà che ti vorrebbe comunicare', primo documento di propaganda dell'IS in lingua italiana, teso a glorificare il Califfato e a incentivare l'adesione da parte di fedeli musulmani³⁸. Durante l'interrogatorio al P.M., l'indagato aveva ammesso di essere l'autore del documento, precisando, tuttavia, «di aver voluto soltanto riportare ciò che il c.d. Stato islamico diceva di sé» e negando «di aver aderito al contenuto del messaggio del testo, che invitava i Musulmani a supportare il 'Califfato islamico' e ad accorrere in suo aiuto». Davanti al G.i.p., poi, il soggetto aveva ammesso «di essere consapevole che in Occidente l'IS non è riconosciuto come Stato ed è considerato organizzazione terroristica» e sostenuto «di dissentire da alcune azioni poste in essere dalla stessa organizzazione». Il G.i.p. aveva disposto la misura degli arresti domiciliari.

L'indagato avanzava richiesta di riesame; il Tribunale, tuttavia, aveva confermato la misura, respingendo le doglianze della difesa; in particolare, per quel che qui interessa, quella volta a negare la natura apologetica e il carattere pubblico del documento.

³⁶ Ai sensi dell'art. 414 co. 3 c.p., ugualmente modificato dal d.l. 7/2015, l'aumento è fino a un terzo se istigazione e apologia attraverso strumenti informatici o telematici hanno ad oggetto reati diversi da quelli in materia di terrorismo e crimini contro l'umanità.

³⁷ La novella è stata accolta in modo scettico. L'aggravante, secondo parte della dottrina, risulterebbe difatti irragionevole poiché costruita secondo una «fuorviante suggestione casistica»; «non si comprende», spiega un Autore, «perché l'istigazione realizzata in un forum telematico di 10 persone debba essere punita, addirittura più gravemente di due terzi, rispetto all'istigazione a mezzo stampa contenuta in un giornale o in un libro o su un volantino di cui sono state distribuite migliaia di copie», né perché un messaggio diffuso durante una «riunione tra persone in carne e ossa» debba essere considerato meno pervasivo di un messaggio veicolato da internet (A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., 234). L'alternativa, prosegue altro Autore, è che il legislatore, in realtà, abbia inteso punire «quel soggetto che si dimostra più pericoloso, in quanto dotato della 'capacità aggiuntiva' di utilizzare strumenti informatici», finendo però, in tal modo, nelle secche del diritto penale d'autore. (F. FASANI, *Il decreto antiterrorismo*, cit., 946; Id., *Terrorismo islamico*, cit., 369). A modesto avviso di chi scrive, le critiche meritano di essere ridimensionate: la pubblicità del messaggio, è stato detto, integra il «presupposto minimo della tipicità in quanto attesta la capacità diffusiva del messaggio criminogeno» (C. VISCONTI, *Art. 414*, cit., 1044); da questo punto di vista, ci sembra che, tra fattispecie base e fattispecie aggravata, sussista una sorta di rapporto di progressione criminosa, rappresentando lo strumento informatico il mezzo che, in astratto, più d'ogni altro assicura la «espansione indeterminata» di un proclama istigatore o apologetico. Aggravanti analoghe sono previste per pressoché tutti i reati integrabili anche via internet; è la loro mancanza, semmai, a dar luogo a delicate questioni interpretative (si pensi alla diffamazione via internet, pacificamente eppur problematicamente ricondotta alla diffamazione «con altro mezzo di pubblicità» ex art. 595 co. 3 c.p.). Eccessivo ci pare, allora, parlare di circostanza pensata secondo un taglio casistico: un delitto - in questo caso, istigazione o apologia di reato - realizzato tramite internet non rappresenta un fenomeno puntuale ed episodico ma, piuttosto, rientra in una generale, frequentissima e autonoma *modalità* di commissione degli illeciti; modalità che, attesa la pervasiva dimensione virtuale del terrorismo islamista (v. *supra* § 1.1), deve qui essere ritenuta paradigmatica. Ciò non toglie, d'altronde, che la disposizione appaia scritta in modo non felice: l'utilizzo della formula «è aumentata» suggerisce la natura *obbligatoria* della circostanza; essa, così, sembrerebbe poter trovare applicazione a prescindere dalla valutazione di maggior diffusività - e, dunque, pericolosità - del messaggio (si pensi al caso della *chat* chiusa con pochissimi membri), in palese spregio delle acquisizioni giurisprudenziali relative alla fattispecie base (conformemente, A. VARVARESSOS, *Art. 2*, in *Commento al d.l. n. 7/2015*, www.laegislazionepenale.eu, 15.1.2016, 3; sulla necessità di interpretare l'aggravante alla luce del principio di offensività, esplicitamente, G. AMATO, *Puniti anche i soggetti arruolati per andare a combattere all'estero*, *Guida dir.*, 2015, 19, 83; M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie di antiterrorismo*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. BACCARI - K. LA REGINA - E.M. MANCUSO, Padova, 2015, 100). Non resterebbe che auspicare, allora, una lettura costituzionalmente orientata delle disposizione, volta a conferirle natura discrezionale, sulla scia di quanto avvenuto in passato in relazione alla recidiva reiterata (cfr Corte cost., sent. 5.6.2007 n. 192); operazione ermeneutica resa però complicata, qui, dalla discrasia tra l'apparente obbligatorietà dell'applicazione - «è aumentata» - e la discrezionalità sul *quantum* di aumento - «fino a due terzi».

³⁸ Cass. pen. sez. I, sent. 6.10.2015 n. 47489, *Cass. pen.* 2016, 6, 2470, con nota di C. Rossi, *Osservazioni a Cass. pen.*, 6 ottobre 2015, n. 47489; e in *Dir. pen. cont.*, 14.12.2015, con nota di S. ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari*. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica.

Avverso tale decisione, l'indagato proponeva quindi ricorso in Cassazione, deducendo, oltre al vizio di motivazione circa la sussistenza di esigenze cautelari, la violazione dell'art. 414 co. 3 c.p. sotto vari profili: anzitutto, il difetto di pericolo concreto per l'ordine pubblico; quindi, l'inapplicabilità del delitto in caso di associazioni terroristiche operanti all'estero; infine, il difetto di pubblicità. Quanto alla prima doglianza, nello specifico, si sottolineava che l'apologia aveva ad oggetto non la commissione di reati, bensì soltanto «alcuni profili ideologici», nel senso che il documento sollecitava «un'adesione ideologica all'IS, ma non ai suoi metodi terroristici».

La Cassazione sconfessa la ricostruzione offerta nel ricorso. Ai nostri fini, significativo appare quanto scritto circa l'accertamento del pericolo per il bene giuridico, ambito riservato al giudice di merito ma su cui il Supremo Collegio ritiene utile fare qualche puntualizzazione. Così, dopo aver premesso che «l'apologia può avere ad oggetto anche un reato associativo [...] cosicché il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di atti di terrorismo, ma anche la partecipazione di taluno ad un'associazione di questo tipo», la Cassazione confuta la natura meramente ideologica del documento incriminato: «lo scritto», in realtà, «presupponeva e accettava la natura combattente e di conquista violenta da parte dell'organizzazione (cioè l'esecuzione di atti di terrorismo), esaltava la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi, distingueva l'Umanità tra 'un campo di Imam esente da ipocrisia e un campo di miscredenza esente da Imam' e valorizzava 'la mappa della futura espansione del Califfato, che in poche parole è l'intero pianeta Terra'; faceva esplicito riferimento alle 'molteplici fazioni militari islamiche' alleate con il Califfo e riportava una frase del portavoce ufficiale evocativa della conquista [...]; ancora, il documento presentava personaggi ufficialmente classificati come terroristi nei documenti internazionali e conteneva diversi link a siti facenti capo all'organizzazione terroristica»; esso, inoltre, era «scritto in italiano e rivolto ad un pubblico di soggetti radicati sul territorio nazionale, realizzato con stile incisivo e capace di suscitare interesse e condivisione», predicando l'adesione all'IS come obbligatoria per ogni fedele.

In definitiva, «l'adesione che veniva sollecitata nei destinatari non era affatto soltanto 'ideologica', ma fattuale, circostanziata e, perciò, idonea a incentivare i lettori a prender parte al progetto dell'IS; *id est*, a violare la legge penale.

Il secondo caso riguarda una cittadina straniera accusata di aver, tramite strumenti informatici e telematici, istigato la commissione di più delitti in materia di terrorismo e fatto apologia di più delitti della medesima specie³⁹.

Nei confronti della prevenuta, il G.i.p. inizialmente aveva applicato la misura dell'obbligo di dimora; non ritenendo tale vincolo adeguato alle esigenze cautelari del caso, per vero particolarmente stringenti, il P.M. aveva appellato la relativa ordinanza; il Tribunale aveva dunque accolto l'appello dell'accusa, disponendo a carico dell'indagata la misura della custodia carceraria e specificando, tra le altre cose, che questa aveva «dimostrato di condividere la causa del terrore» e che era «ragionevole il convincimento che la stessa [fosse] pronta a superare gli attuali confini di condotte contenute nel reato di opinione per misurarsi e sperimentare pratiche concrete di aiuto verso soggetti in transito in Italia».

Contro la decisione, l'indagata adiva la Corte di Cassazione, lamentando, con due motivi separati, l'errata prognosi della pena, ai fini della valutazione *ex art. 275 co. 2-bis c.p.p.*; l'errata valutazione della gravità indiziaria; l'errata valutazione circa la sussistenza delle esigenze cautelari.

La Cassazione rigetta il ricorso, mantenendo così l'indagata sottoposta a misura custodiale. In proposito, pur non facendo mai espressamente riferimento al bilanciamento tra libertà d'espressione e pericolo per l'ordine pubblico, la Corte puntualizza che l'originaria modifica della misura era dettata da «esigenze collegate alla tutela della collettività», palesate, fra le altre cose, dalla «determinazione profondamente radicata e [dal]la volontà di assumere un ruolo positivo di sostegno esterno alla causa del terrorismo religioso» da parte dell'indagata, la quale «non riconosce autorità ad alcuna struttura ordinamentale e, pertanto, deve ritenersi non intenda rispettare le leggi dello Stato». La prevenuta, si aggiunge, sarebbe personalmente coinvolta nella crisi in corso in Libia - suo Paese natale - per via della perdita di un caro parente durante gli scontri che funestano lo Stato nordafricano; ciò, argomenta il Collegio, aumenta la «possibilità concreta di una sua partecipazione attiva alle dinamiche proprie del conflitto in atto».

³⁹ Cass. pen. sez. I, sent. 28.6.2016 n. 31249.

2.2. *Bilancio.*

Analizzando l'approccio della Cassazione in materia di istigazione/apologia di associazione terroristica, emergono due aspetti rilevanti: quello del pericolo per la collettività e quello delle garanzie connesse al suo accertamento.

Sotto il primo profilo, le due sentenze si presentano piuttosto divergenti.

Nel primo caso, si deve riconoscere che la Cassazione, sia pur nei limiti propri della sede cautelare, abbia valutato la sussistenza del pericolo per l'ordine pubblico in modo lineare. Anzitutto, è opportuno precisare che il soggetto non si era limitato a condividere un pensiero altrui o a esternare compiacimento per le atrocità commesse dall'IS; egli, piuttosto, aveva elaborato di proprio pugno un documento particolarmente dettagliato ed evocativo, indirizzato a tutti i fedeli musulmani radicati in Italia. Di tale documento, Tribunale, prima, e Cassazione, poi, hanno scrupolosamente vagliato: il *contenuto*, volto a esaltare le gesta di un'associazione (che lo stesso autore sapeva essere riconosciuta come) terroristica oltreché scritto con stile particolarmente esplicito e incisivo⁴⁰; il *contesto*, ovvero i siti internet perlopiù frequentati da soggetti a rischio radicalizzazione, potenzialmente capaci di tradurre in atto l'invito a prendere parte al jihad; la *condizione personale* del soggetto, a lungo coinquilino di un militante fuggito in Siria e trovato in possesso di vario materiale compromettente (fra cui, anche tutorial per fabbricare esplosivi). Breve: l'accertamento condotto dai giudici, per come riportato in motivazione, appare conforme al canone costituzionale di offensività⁴¹.

Ad ogni modo, la sentenza presenta pure alcune ombre. Bisognosa di maggiore approfondimento, in particolare, sarebbe stata l'argomentazione secondo cui: «*l'apologia può avere ad oggetto anche un reato associativo e, quindi, anche il delitto di associazione con finalità di terrorismo*», che dell'applicabilità dell'art. 414 c.p. al caso di specie costituisce premessa logico-giuridica. In effetti, stando alla ricostruzione della Corte e prescindendo dalla soluzione della vicenda in concreto, la statuizione postula un *triplice* livello di anticipazione dell'intervento penale.

Più precisamente, la Corte dà per scontata la legittimità dell'applicazione (i) di un reato di pericolo - istigazione/apologia di reato - (ii) ad una fattispecie già di per sé a tutela anticipata - partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo⁴²; e lo fa, per giunta, (iii) in sede cautelare, ove il giudizio di pericolo quale elemento di fattispecie viene, per così dire, 'filtrato' dal giudizio di pericolo quale requisito per l'applicazione della misura. In questa luce, anche considerando il peculiare *modus operandi* dell'IS⁴³, ci sembra che, qualora il reato-fine sia quello di partecipazione ad associazione terroristica⁴⁴, il 'limite' del pericolo non assicuri necessariamente selettività alla fattispecie di istigazione/apologia, potendo incentivare, anzi, fenomeni di criminalizzazione

⁴⁰ Si noti che, per converso, uno dei classici problemi nella valutazione del pericolo per l'ordine pubblico e, dunque, nel corretto bilanciamento tra prevenzione di reati e garanzia della libertà d'espressione, risiede proprio nell'uso di linguaggio fortemente allegorico tipico dei contesti islamico-radicali. Così, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 279.

⁴¹ Di medesimo avviso, S. ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet*, cit.

⁴² La giurisprudenza in materia è costante nel qualificare l'art. 270-bis c.p. come reato di *pericolo presunto*, integrato dalla presenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, con grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso, senza che sia richiesto l'inizio dell'esecuzione dell'attività programmata. Cass. pen. sez. V, sent. 8.10.2015 n. 2651; Cass. pen. sez. VI, sent. 8.5.2009 n. 25863; Cass. pen. sez. II, sent. 25.5.2006 n. 24994. In dottrina, *ex pluribus*, F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, in *Terrorismo internazionale*, cit., 125; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 233ss; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 237ss, 393ss, 418ss, il quale, in particolare, nota come l'art. 270-bis venga utilizzato «quale reato-grimaldello, capace di rassicurare l'opinione pubblica circa la tenuta del sistema di fronte a forme di estremismo e talvolta di criminalità che spaventano per la loro aberrante impostazione ideologica» in virtù del fatto che questo reato, paradossalmente, «stessa di meno l'onere probatorio dell'accusa» (*op. ult. cit.*, 324, corsivi nell'originale).

⁴³ F. GALLI, *The Law on terrorism*, cit., 17ss; L. STAFFLER, *Politica criminale e contrasto al terrorismo*, cit., 11ss; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 61ss.

⁴⁴ Si tenga presente che, nel concetto di 'associazione', rientrano anche le organizzazioni connotate «*da strutture organizzative 'cellulari' o 'a rete', in grado di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici ovvero informatici anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete, che realizzi anche una delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi o di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento*». Cass. pen. sez. VI, sent. 12.7.2012 n. 46308.

su larga scala⁴⁵ sganciati da referenti empirici dotati di sufficiente concretezza.

Discorso diverso per il secondo caso, ove l'attenzione della Cassazione sembra concentrata esclusivamente sul *periculum libertatis* e non sul *fumus commissi delicti*. La sentenza, in altre parole, svolge un'articolata disamina dei pericoli sottesi all'eventuale rilascio dell'indagata - reiterazione del reato, inquinamento probatorio, fuga -, motivati sulla base delle sue competenze informatiche⁴⁶, del suo atteggiamento particolarmente ostinato e violento, della rete di solidarietà su cui ella può contare; niente viene detto, di contro, sulla fondatezza degli indizi di colpevolezza in ordine ai reati contestati.

Immaginiamo che, trattandosi di questione di merito, la valutazione circa il pericolo per l'ordine pubblico, seppur ai fini cautelari, fosse stata già adeguatamente valutata da G.i.p. e Tribunale del riesame.

Basandoci sulla motivazione della sentenza, è comunque possibile notare che, per un verso, all'indagata si attribuisce «la volontà di assumere un ruolo positivo di sostegno esterno alla causa del terrorismo religioso», ciò che confermerebbe la corretta applicazione delle fattispecie di istigazione/apologia in luogo di quelle associative⁴⁷; per un altro, il «ragionevole convincimento che la stessa [indagata] sia pronta a superare gli attuali confini di condotte contenute nel reato di opinione per misurarsi e sperimentare pratiche concrete di aiuto verso soggetti in transito in Italia» e «la possibilità concreta di una sua partecipazione attiva alle dinamiche proprie del conflitto in atto in Libia» giustificano il pericolo quale requisito per l'applicazione di misure cautelari⁴⁸, non quale elemento costitutivo del reato, rimanendo estranea al fuoco dell'art. 414 c.p. la probabile *escalation* criminosa dell'autore della dichiarazione istigatrice o apologetica.

Sul secondo versante, di contro, le sentenze si presentano uniformi. A prescindere dalla maggior attenzione per i profili sostanziali - nel primo caso - o per quelli inerenti alla pericolosità individuale - nel secondo -, sta di fatto che a tutti e due gli accusati è stato garantito l'esercizio del diritto di difesa; in entrambi i casi, in effetti, le posizioni degli autori sono state attentamente vagliate, attraverso tre gradi di giudizio - seppur cautelare - e sempre nel contraddittorio tra le parti.

Qualche perplessità, semmai, può destarla la scelta di applicare, nel primo caso, la misura degli arresti domiciliari; misura che, in linea teorica, non sembra per vero adeguata a impedire la reiterazione di reati commessi attraverso internet.

3. Le risposte dell'ordinamento amministrativo: l'espulsione ministeriale dello straniero.

È assai frequente che i proclami di adesione ideologica al terrorismo di matrice islamico-radical provengano da soggetti privi di cittadinanza italiana. Ora, l'articolo 21 Cost. garantisce a *tutti* il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, a prescindere dallo *status civitatis*; qualora il soggetto sia straniero, tuttavia, nel giudizio di bilanciamento tra libertà d'espressione e tutela dell'ordine pubblico, l'ordinamento può contare su strumenti e rimedi

⁴⁵ F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo*, cit., 155; analogamente e in senso generale, dubita della selettività del requisito del pericolo concreto nei reati d'opinione, M. PELLISERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, *Quest. giust.*, 2015, 4, 39; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1003s; *amplius*, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 115ss.

⁴⁶ Le particolari competenze informatiche, qui, rientrano nelle esigenze cautelari, non nei motivi di incriminazione. Siamo dunque in territorio diverso rispetto a quello criticamente descritto da F. FASANI, *Il decreto antiterrorismo*, cit., 946 (v. *supra* n. 38).

⁴⁷ Si tratta di una positiva inversione rispetto al *trend* di «concentrazione monofocale della giurisprudenza sul delitto di associazione terroristica», interpretata in modo talmente vasto da lasciare pressoché preclusa l'emersione delle residue fattispecie antiterrorismo. Così, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 320ss.

⁴⁸ Come noto, il «concreto e attuale pericolo» che giustifica l'emissione di un provvedimento cautelare *ex art. 274 lett. c c.p.p.* può riguardare anche «gravi delitti [...] diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata», e la giurisprudenza è solita collegare tale pericolo «alla sola condizione necessaria e sufficiente che esistano elementi 'concreti' (cioè non solo meramente congetturali) sulla base dei quali possa affermarsi che il soggetto inquisito possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere reati rientranti tra quelli contemplati nella suddetta norma processuale.» Cass. pen. sez. VI, sent. 23.4.2009 n. 20058; Cass. pen. sez. I, sent. 22.9.2006 n. 37393.

ulteriori, attingibili dalla disciplina dell'immigrazione.

In linea generale, il diritto punitivo dell'immigrazione si presenta estremamente composito: l'aggregazione di una serie di strumenti diversi per natura e portata ma analoghi nel fine lo rendono, di fatto, un vero e proprio 'diritto speciale', un «sottosistema penal-amministrativo, dotato di una sua logica interna, in forza della quale i principi e gli scopi dell'ordinamento penale vengono asserviti all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento dello straniero»⁴⁹. All'interno di tale sistema, è andata via via affermandosi la preferenza per strumenti diversi da quelli penalistici, in ragione, da un lato, del loro maggior grado di effettività e immediatezza; dall'altro, delle minori garanzie generalmente connesse ai relativi procedimenti di applicazione.

Fra gli strumenti preventivo-repressivi più utilizzati in materia di immigrazione, spicca l'*espulsione amministrativa* dello straniero⁵⁰; ai nostri fini, ruolo di primo piano assumono, in particolare, l'espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13 co. 1 d.lgs. 25.7.1998 n. 286, d'ora in avanti T.U.I.), l'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3 d.l. 27.7.2005 n. 144 conv. in l. 31.7.2005 n. 155) e, infine, l'espulsione dei cittadini europei di cui all'art. 20 d.lgs. 6.2.2007 n. 30. Merita soffermare l'attenzione sulla misura di cui al decreto-legge n. 144/2005: collocata al di fuori della legge sulla condizione giuridica dello straniero, la disposizione disegna «una sorta di diritto speciale anti-terrorismo»⁵¹; è sulla forma di espulsione ivi prevista che l'ordinamento ha deciso di puntare in via prioritaria per far fronte alla minaccia terroristica⁵², ed è su di essa che, dunque, ci concentreremo nelle pagine seguenti.

Emanato all'indomani del gravissimo attentato di Londra del 7 luglio 2005⁵³, il decreto-legge 144/2005 prevede, in generale, un inasprimento dell'intervento repressivo e una netta anticipazione dell'intervento preventivo, secondo la logica - ormai, anche in materia di terrorismo, divenuta *regola*⁵⁴ - dell'emergenza⁵⁵. L'art. 3 d.l. 144/2005, in particolare, reca le «Nuove norme in materia di espulsioni degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo»; complici

⁴⁹ A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul 'diritto speciale' dei migranti*, *St. quest. crim.*, 2007, 1, 58; nello stesso senso, già *Id.*, voce *Immigrazione (diritto processuale penale)*, *Enc. giur.*, Roma 2004, 1: «tutto il sistema è costruito per favorire l'espulsione dello straniero irregolare ad opera dell'autorità sia amministrativa che giurisdizionale, poste quasi in competizione». Nella sterminata letteratura sul diritto penale dell'immigrazione, con accenti spesso fortemente critici sulle linee di politica criminale, AA.VV., *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, a cura di A. CAPUTO - G. FIDELBO, Torino, 2012, parte prima, part. 30ss; AA.VV., *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di E. ROSI - F. ROCCHI, Napoli, 2013; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, *Quest. giust.*, 2011, 2, 17; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, *Quest. giust.*, 2009, 101ss; G. VARRASO, voce *Immigrazione (diritto processuale penale)*, *Enc. dir.*, 2010, part. 612ss; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, *Cass. pen.*, 2011, 2, 446; G. MORGANTE, *Le 'relazioni pericolose' tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, *Leg. pen.*, 2012, 1, 85 R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 4, 1425; F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, 13.

⁵⁰ Sottolinea la funzione *preventiva* quando non proprio *repressiva* dell'espulsione, G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 602. Il novero delle tecniche di allontanamento del non cittadino è ampio: esistono misure di espulsione amministrative e giudiziali, di prevenzione e di sicurezza, sostitutive della o alternative alla pena, comminate prima, dopo ovvero a prescindere dalla commissione di un reato. Per una ricca panoramica sulle varie tipologie di espulsione, rinviamo a L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011.

⁵¹ A. CALLAIOLI, *Art. 3*, in *Commento al d.l. n. 144/2005*, *Leg. pen.*, 2005, 2, 450.

⁵² Dal 2015 al 2017, le espulsioni per motivi di sicurezza dello Stato e prevenzione del terrorismo ammontano a 168 (fonte: <http://www.interno.gov.it/it/notizie/espulsi-due-cittadini-tunisini>; ultimo accesso 5 maggio 2017). L'impiego dello strumento espulsivo è divenuto massiccio in seguito all'inizio degli eventi terroristici riconducibili o rivendicati dall'IS, a partire dai tragici attentati di Parigi del gennaio 2015. Stando ai dati ufficiali del Ministero - aggiornati al settembre 2015 - , dalle 13 espulsioni disposte nel 2013 e nel 2014, si è passati alle 45 nei primi tre quarti di 2015; pur non potendo conoscere l'esatta ripartizione, tra fine 2015 e intero 2016 i casi di espulsione amministrativa sono saliti a 87, cui vanno infine aggiunte le 36 disposte dall'inizio del 2017. Nella comparazione tra i vari strumenti adoperati per fronteggiare la minaccia jihadista, peraltro, si nota un disavanzo a favore delle espulsioni - per motivi di sicurezza o per mancanza dei requisiti d'ingresso - rispetto agli arresti e ai casi di indagini penali (rispettivamente, 192, 121 e 138). I dati sono consultabili all'indirizzo <http://www.interno.gov.it/sites/default/files/slide-terrorismo-11-sett-2015.pdf>.

⁵³ L'attacco - constatato di tre esplosioni nella metro e una su d'un autobus - causò 56 morti (fra cui gli attentatori) e circa 700 feriti. Rivendicato da due diversi gruppi legati ad Al-Qaeda, esso, assieme all'attentato dell'anno precedente a Madrid, rappresenta l'inizio di una lunga, tragica serie di aggressioni di matrice islamista al cuore dell'Europa, perlopiù motivate come reazione al coinvolgimento dei Paesi occidentali nei conflitti mediorientali.

⁵⁴ In tema, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzia*, Bologna 2008, part. 133ss; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio*, cit., 32ss; R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Le regole dell'eccezione*, a cura di M. MECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS, Macerata, 2011, 169.

⁵⁵ M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, cit., 107s; con specifico riferimento a questa misura, per tutti, L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. DEGL'INNOCENTI, Milano, 2011, 89.

due disposizioni ad efficacia temporalmente limitata⁵⁶ e un'abrogazione⁵⁷, la disciplina risulta piuttosto scarna oltretutto inevitabilmente destinata a sovrapporsi a quella dell'espulsione per motivi di ordine di pubblico⁵⁸, tant'è che, allo stato attuale, si può dire che, fra art. 3 d.l. 144/2005 e art. 13 co.1 T.U.I., sussista un rapporto di *species a genus*.

La misura si applica allo straniero - anche titolare di permesso o carta di soggiorno⁵⁹ - appartenente a una delle categorie di persone pericolose per la sicurezza statale individuate all'art. 18 l. 22.5.1975 n. 152, ovvero laddove vi siano «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». Focalizzando l'attenzione sulla seconda ipotesi, vengono in risalto tre requisiti. Anzitutto, il presupposto materiale per l'applicazione della misura è la *agevolazione*, peraltro semplicemente collegata alla *permanenza* nel territorio dello Stato e attuabile *in qualsiasi modo*, elementi che rendono tale presupposto assai ampio e vago⁶⁰. In secondo luogo, l'agevolazione deve avere ad oggetto *organizzazioni* o anche solo *attività terroristiche*, nazionali o *internazionali*⁶¹; anche l'agevolazione «in qualsiasi modo» di un singolo attacco terroristico in Siria, ad esempio, potrebbe dunque costituire motivo di espulsione dall'Italia. Infine, non è richiesto che l'opera di agevolazione avvenga effettivamente, essendo semplicemente richiesto che ne sussistano *fondati motivi*; per tale via, la disposizione cerca di mantenere fede alla *ratio* preventiva, recuperando, al contempo, parte della concretezza - i motivi debbono essere «fondati» - drammaticamente elusa nei primi due requisiti.

Il provvedimento d'espulsione assume la forma del decreto, disposto dal Ministro dell'interno o, su sua delega, dal Prefetto competente; ad ogni modo, nella prassi, è nettamente più frequente la prima ipotesi. A differenza dei comuni decreti prefettizi impugnabili innanzi al giudice civile, avverso i decreti di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo è ammesso il ricorso al tribunale amministrativo competente per territorio (quindi, in caso di decreto ministeriale, il T.A.R. Lazio); in ogni caso, il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento (art. 3 co. 4 d.l. 144/2005). L'espulsione è materialmente eseguita dal Questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13 co. 4 lett. a T.U.I.), previa convalida nelle forme di cui all'art. 13 co. 5-*bis* T.U.I..

3.1. *Il caso dell'imam espulso.*

Accomunate da una soglia d'intervento assai anticipato - solitamente coincidente con l'at-

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 3 co. 6, le disposizioni di cui ai commi 2 e 5 dovevano trovare applicazione sino al 31 dicembre 2007, in linea col principio elaborato nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 15/1982 circa la necessaria *provisorietà* delle misure d'emergenza. Le disposizioni cadute, in particolare, prevedevano: (i) l'immediata espulsione dello straniero, anche in deroga alle disposizioni concernenti l'esecuzione dell'espulsione del soggetto sottoposto a procedimento penale, in particolare alla richiesta di nullastato da parte del Questore all'Autorità giudiziaria procedente (co. 2); (ii) la sospensione fino a due anni del procedimento d'espulsione nel caso in cui la decisione dipendesse dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto d'indagine o il segreto di Stato (co. 5). Per una netta critica a tale regime derogatorio, seppur temporaneo, A. CALLAIOLI, *Art. 3*, cit., 451s, 453 ss; M. VIZZARDI, *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, *Corr. mer.*, 2005, 12, 1305, il quale sollevava una questione di costituzionalità che, effettivamente proposta, sarebbe stata però, poco tempo dopo, dichiarata infondata (cfr Corte cost., sent. n. 432/2007). *Contra*, S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006, 153, il quale ritiene che il regime fosse giustificato dal peculiare interesse pubblico tutelato e l'affievolimento delle garanzie procedurali temperato dalla limitata efficacia temporale.

⁵⁷ L'art. 3 co. 4-*bis*, che prevedeva l'esclusione di sospensione dell'esecuzione in sede giurisdizionale del provvedimento di espulsione, è stato abrogato dal d.lgs. 2.7.2010 n. 104.

⁵⁸ G. SAVIO, sub *art. 13*, in *Codice dell'immigrazione*, Rimini, 2012, 112; S. SCOPELLITI, *La nuova fattispecie di espulsione amministrativa degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di E. ROSI - S. SCOPELLITI, Milano, 2006, 25, la quale sottolinea come i motivi di prevenzione del terrorismo già rientrassero negli onnicomprensivi motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato di cui all'art. 13 co. 1 T.U.I. Ad avviso della dottrina, l'intenzione del legislatore d'urgenza del 2005, in effetti, era proprio quella di sottrarre l'espulsione preventiva dei sospetti terroristi, almeno in via temporanea, alle pur insufficienti garanzie che, all'epoca, già assistevano l'espulsione *ex art. 13 T.U.I.*. Così, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 304.

⁵⁹ L'espulsione comporta l'avvio del procedimento di revoca del titolo, sebbene la Corte di Giustizia di Lussemburgo, anche in caso di accuse di terrorismo, sia netta nel richiedere alle autorità nazionali la valutazione «degli elementi di fatto specifici relativi alle azioni sia dell'associazione sia del rifugiato di cui trattasi». Corte GUE, sent. 24.6.2015, causa C-373-13, partt. §§ 78-80, §§ 86-92.

⁶⁰ In modo concorde, in dottrina, A. CALLAIOLI, *Art. 3*, cit., 451; F. GALLI, *The Law on terrorism*, cit., 249; G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 603; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 304.

⁶¹ In questo senso, sovviene la definizione fornita all'art. 270-*sex c.p.*, che evidentemente non opera ai soli fini penali.

tività di propaganda⁶² - , le espulsioni ministeriali, nel corso degli ultimi due anni, sono state disposte nei confronti di varie tipologie di soggetti: da quello direttamente coinvolto nella propaganda, a quello trovato in possesso di materiale propagandistico, per arrivare a quello semplicemente indiziato di sentimento avverso nei confronti dell'Occidente.

Interessante, in quest'ottica, il caso - tuttora pendente - di un imam espulso⁶³ nel 2015 poiché accusato di aver esternato «*palesi sentimenti di odio [...] verso tutti coloro che sono contro i musulmani, evidenziando le sue propensioni anti-occidentali e la sua intolleranza religiosa nonché la sua vicinanza all'ideologia jihadista*»; al soggetto si attribuiva, in particolare, la manifestazione di «*posizioni religiose oltranziste e filo-jihadiste*»; da esse, l'Autorità aveva inferito la capacità del soggetto «*di influenzare, in qualità di imam, in termini negativi e violenti i suoi adepti, anche con discorsi inneggianti ad azioni terroristiche*».

Pochi giorni dopo la notifica del decreto, l'espulsione veniva materialmente eseguita. Avverso il provvedimento, il difensore dell'interessato proponeva ricorso - nel quale si contestava recisamente le ricostruzioni della pubblica Autorità - e, contestualmente, presentava istanza di sospensione dell'esecuzione del provvedimento: nonostante l'espulsione fosse già stata eseguita, ad avviso della difesa, era comunque possibile eccepire la sussistenza di un *danno irreparabile*, consistente nella protrazione dell'allontanamento del soggetto dal territorio italiano e, in particolare, dal suo nucleo familiare.

Il T.A.R. Lazio, in sede cautelare, chiedeva al Ministero di fornire una relazione che specificasse, nei limiti del possibile, in che modo i proclami del destinatario del decreto potessero mettere concretamente a repentaglio l'ordine e la sicurezza pubblica. La relazione - di fatto, una sorta di 'istruttoria delegata' - , per un verso, accennava alla sussistenza del pericolo in modo vago, quasi apodittico, in parte ripetendo le scarse valutazioni contenute nel decreto d'espulsione⁶⁴, in parte svolgendo considerazioni generali sulla figura dell'imam nella cultura islamica; per altro verso, dava conto della «*alta discrezionalità amministrativa*» che connota il provvedimento d'espulsione per motivi di terrorismo, e la conseguente «*limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità*».

Richiamando integralmente la predetta relazione, il Tribunale rigettava l'istanza sospensiva, adducendo che «*dagli elementi di valutazione acquisiti in corso di causa - non [emergevano] profili che [inducessero] ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso*».

3.2. Spunti critici.

Il caso appena riportato, al netto delle obiezioni sulla fondatezza delle accuse, aiuta a chiarire l'approccio di Autorità amministrativa e giudiziaria verso *ipotetici* comportamenti di adesione ideologica al terrorismo tenuti da soggetti passibili di espulsione⁶⁵. Due, in particolare, i profili che vengono in rilievo: il primo, relativo l'accertamento del pericolo per la collettività derivante dalla minaccia terroristica; il secondo, relativo alle garanzie giurisdizionali connesse a tale accertamento.

Requisiti evanescenti e onnicomprensivi, da un lato, accertamento condotto in via sommaria⁶⁶, dall'altro, fanno sì che l'espulsione possa essere disposta a fronte di un pericolo sfuggente, remoto o, persino, congetturale. Ciò desta diffuse perplessità perché, se, in un senso, è vero che la tipologia di espulsione in parola rappresenta una misura *ante-delictum*, ancorata non all'integrazione di una vera e propria fattispecie criminosa bensì a generici motivi di ordine

⁶² Chiarisce M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali*, cit., 80 n. 51, che «le decisioni in tema di espulsioni per propaganda di solito si basano su 1) inserimento in ambienti integralisti 2) propaganda jihadista o integralista 3) fondamento non su prove in contraddittorio, ma solo su "elementi indiziari - e anche da semplici denunce"».

⁶³ Peraltro, in realtà disposta ai sensi dell'art. 20 co. 2 d.lgs. 30/2007, poiché il soggetto era titolare di carta di soggiorno permanente rilasciata ai sensi dell'art. 17 d.lgs. 30/2007. Sulle peculiarità della disciplina riservata ai cittadini europei - relative non già ai presupposti, bensì al regime giurisdizionale - , M. DI FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (pochi) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, *Riv. dir. internaz.*, 2008, 2, 420; G. PERIN - P. BONETTI, *L'allontanamento dei cittadini europei e dei loro familiari e tutele giurisdizionali*, <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/allontanamento.cittadini.dell.ue.e.loso.familiari.23.febrbraio.2012.perin.corr.bonetti.marzo.2012.pdf> 23.2.2012; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 163ss.

⁶⁴ In un passaggio, si dà addirittura conto del fatto che l'imam avesse sì sollecitato i fedeli a passare ad azioni concrete, ma «*senza inneggiare alla lotta armata, [...] con posizioni parse, ai più, oltranziste ed estremiste*».

⁶⁵ Ai sensi di tutte e tre le fattispecie menzionate *sub* § 3.

⁶⁶ «L'espulsione *de qua* [potrebbe] essere adottata sulla base di semplici sospetti, di note informative dei servizi di sicurezza di cui non si è vagliata l'attendibilità, di indagini di polizia allo stato iniziale o, peggio ancora, superficiali». A. CALLAIOLI, *Art. 3*, cit., 452.

pubblico e sicurezza dello Stato; in un altro, non è chi non veda come, stante la fragilità dei presupposti applicativi, la misura possa essere disposta anche nei confronti di «persone che si limitano a esprimere un'opinione oppure aderiscono a una mera associazione o frequentano determinati luoghi, con conseguente reazione *punitiva*, incidente sulla libertà, basata su comportamenti che consistono nel mero esercizio di un diritto»⁶⁷. Diritto che, come già ribadito, dovrebbe coprire anche (soprattutto?) le manifestazioni di pensiero malvagio, abietto, sprezzante dei valori che innervano il nostro ordinamento; e che, invece, se esercitato in contesti islamico-radicali, risulta oltremodo affievolito⁶⁸.

Breve: affinché sia disposta l'espulsione amministrativa, non è necessario che la 'agevolazione verbale' di organizzazioni o attività terroristiche raggiunga il livello di vero e proprio *pericolo*, essendo sufficiente che essa, di contro, assurga a semplice *sospetto*⁶⁹.

Venendo al secondo punto, si è da più parti sottolineato che la fase giurisdizionale del procedimento di espulsione sconta gravi carenze, sia nella fase di convalida, sia in fase di ricorso innanzi al giudice amministrativo.

Quanto alla convalida (art. 13 co. 5-*bis* T.U.I.), è stato evidenziato che il rito camerale appare inadeguato, alla luce, da una parte, delle questioni da analizzare, che sarebbe riduttivo definire 'meramente tecniche'; dall'altra, dei principi del giusto processo, trattandosi pur sempre di misure, ad onta della qualifica formale, a chiara vocazione preventivo-repressiva⁷⁰.

Quanto alla fase successiva, poi, notiamo un netto *self-restraint* dei giudici amministrativi di fronte alle scelte compiute dalla Autorità di pubblica sicurezza. In proposito, il Consiglio di Stato ha a più riprese precisato che il decreto di espulsione è atto «rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'Amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri e delle problematiche ad essi inerenti», indi per cui «non v'è dubbio che esso sia espressione di alta discrezionalità amministrativa» cui «fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità e arbitrarietà»⁷¹. La dottrina dominante critica severamente questo approccio: l'indeterminatezza dei presupposti legislativi e la conseguente ampia discrezionalità applicativa, per non sconfinare nell'arbitrio, dovrebbero essere compensate da un penetrante controllo giurisdizionale⁷²; viceversa, con l'atteggiamento eccessivamente deferente poc'anzi descritto, i giudici amministrativi contribuiscono a «lasciare 'mani libere' al potere esecutivo, consentendo motivazioni superficiali o 'di stile'»⁷³ e, così, negando all'espulso tutela piena dei suoi diritti (di difesa, di circolazione e soggiorno, di manifestazione del pensiero).

A rafforzare le perplessità su questo 'vuoto' di tutela, peraltro, soccorre l'art. 13 co. 2 lett. c T.U.I., che disciplina l'espulsione *prefettizia* disposta nei confronti degli stranieri che, fra le altre, «operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti [...] alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-sexies c.p.»

⁶⁷ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008, 111; in senso adesivo, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 304.

⁶⁸ Cfr Cons. St. sez. VI, sent. 16.1.2006 n. 88, che accoglie il ricorso in appello di una pronuncia del T.A.R. Lazio e, di conseguenza, rigetta il ricorso iniziale avverso il decreto d'espulsione, motivando: «la tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. ha sempre un limite non derogabile nell'esigenza che attraverso il suo esercizio non vengano sacrificati beni anche essi voluti garantire dalla Costituzione, e che tale deve ritenersi il mantenimento dell'ordine pubblico»; sulla base di questa petizione di principio, il Consiglio sovverte la decisione di primo grado, condividendo la scelta della pubblica Autorità di ravvisare un pericolo per la collettività in quelle che il Tribunale di merito aveva giudicato «semplici manifestazioni del pensiero che, per le modalità chiassose e plateali che le avevano sempre accompagnate, apparivano [...] obiettivamente inconciliabili (secondo dati di comune esperienza) con la volontà di arrecare a chicchessia un reale nocumento».

⁶⁹ Di 'pena del sospetto' parla V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 307; analogamente, A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., 227.

⁷⁰ G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 608ss; aderiscono, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 307; S. CLINCA, *Interventi in materia di misure di prevenzione*, in *Commento al d.l. n. 7/2015*, www.legislazionepenale.eu 15.1.2016, 19.

⁷¹ Cons. St. sent. n. 88/2006, cit.; conf. Cons. St. sez. III, sent. 23.9.2015 n. 4471, che addirittura conferma la sentenza di primo grado pur convenendo con l'appellante che l'Autorità avrebbe dovuto fornire «in risposta alla ordinanza istruttoria adottata dal T.A.R., almeno sommarie informazioni sulla documentazione sottostante alle affermazioni contenute nel provvedimento e chiarimenti in ordine ai procedimenti penali in corso sugli stessi oggetti».

⁷² M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 263s; G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 604; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 303. In senso parzialmente diverso, L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione*, cit., 87, il quale sottolinea il carattere *doveroso* dell'espulsione, misura vincolata nell'an e quomodo.

⁷³ A. CALLAIOLI, *Art. 3*, cit., 452.

(art. 4 co. 1 lett. *d* d.lgs. 6.9.2011 n. 159, richiamato dall'art. 13 co. 2 lett. *c* T.U.I.). Basata su presupposti anch'essi indeterminati e onnicomprensivi, questa tipologia di espulsione rischia di sovrapporsi a quella di cui al decreto-legge 144/2005. Sennonché, - e qui sta il nodo - la giurisprudenza (civile) avente ad oggetto l'art. 13 co. 2 lett. *c* T.U.I. da sempre richiede un controllo puntuale sulle scelte del Prefetto, in base al principio per cui il giudizio di pericolosità sociale dello straniero da espellere deve fondarsi sugli stessi criteri utilizzati per le misure di prevenzione ordinarie⁷⁴. Nonostante la contiguità fra le due figure, insomma, il rigore richiesto nell'accertamento della pericolosità ai fini dell'espulsione *ex* art. 13 co. 2 lett. *c* T.U.I. stride con la duttilità del controllo sui motivi di sospetto terroristico ai fini dell'espulsione *ex* art. 3 d.l. 144/2005⁷⁵.

In definitiva, per un verso, la pubblica Autorità può disporre un'espulsione sulla base di elementi che non attingono al pericolo; per un altro, avverso il provvedimento, non è neppure garantita piena tutela giurisdizionale.

4. Considerazioni finali. Il *favor expulsionis* e la cedevolezza del diritto alla libertà d'espressione.

Dal quadro sin qui descritto, emerge piuttosto chiaramente che, nell'ordinamento penale, da un lato, e nell'ordinamento amministrativo-immigratorio, dall'altro, diritto alla manifestazione del pensiero e tutela della collettività vengono bilanciati in modo differente.

La recente giurisprudenza in materia di istigazione/apologia di associazioni terroristiche si dimostra complessivamente rispettosa dei canoni di materialità e offensività, attraendo nel fuoco penale solo quelle esternazioni che si rivelino concretamente idonee a incitare altri a violare la legge penale; il bilanciamento, oltretutto, viene condotto nel contraddittorio delle parti, con pieno rispetto del diritto di difesa degli accusati.

Il giudizio globalmente positivo sui (soli due) casi riportati, d'altro canto, non elimina i problemi connessi a questo specifico, delicatissimo contesto: a differenza, per esempio, della propaganda negazionista, che parte di dottrina suggerisce di fronteggiare con la sola «sanzione informale della pubblica e unanime confutazione, magari liquidatoria, ma pur sempre razionale, democratica e tollerante»⁷⁶, il ricorso allo strumento penale, nella lotta alla diffusione di posizioni filo-terroristiche, ci pare francamente ineludibile⁷⁷; tuttavia, l'opera di bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero (riprovevole) e tutela della collettività - e, dunque, l'esatta individuazione della soglia d'intervento penale - risulta qui oltremodo complicata, poiché l'*hate speech* terroristico è rivolto a (o, comunque, destinato

⁷⁴ (i) Accertamento *oggettivo* degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni; (ii) *attualità* della pericolosità; (iii) *valutazione globale* della persona. In giurisprudenza, per prima, Cass. civ. sez. I, sent. 30.8.2002 n. 12721; conf. Cass. civ. sez. VI, sent. 8.9.2011 n. 18482; Cass. civ. sez. VI, sent. 27.7.2010 n. 17585. In dottrina, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 265ss. Peraltro, il d.l. 7/2015 è intervenuto anche in materia di misure di prevenzione, ove si registra «una tendenza allo spostamento di delicati poteri preventivi, in grado di incidere ampiamente su specifiche garanzie e libertà della persona, in capo al potere esecutivo», con conseguente «sbilanciamento degli equilibri costituzionali» e possibile violazione del diritto sancito *ex* art. 8 CEDU. Così, G. MARINO, *Il sistema anti-terrorismo alla luce del L. 43/2015: un esempio di 'diritto penale del nemico'?*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 3, 1419; critiche anche da S. CLINCA, *Interventi in materia di misure di prevenzione*, cit., 2ss; M.F. CORTESI, *Il nuovo sistema di prevenzione del terrorismo*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, cit., 159.

⁷⁵ Come efficacemente riassunto, «il legislatore lascia all'amministrazione la possibilità di scegliere tra la procedura più garantista e quella più comoda». M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 369. Al momento della stesura del presente lavoro (metà gennaio 2017), non ci risultano pronunce della Cassazione civile su misure espulsive adottate ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. *c* T.U.I.; evidentemente, se il fine è disporre l'espulsione nel più breve tempo e nel modo più «svincolato» possibile, la via maestra rimane fare perno sull'art. 3 d.l. 144/2005.

⁷⁶ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1011; sulla nuova aggravante di negazionismo, e specificamente sul bilanciamento tra libertà d'espressione e pericolo per il bene giuridico della 'memoria collettiva', si vedano anche E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, *Dir. pen. proc.*, 2017, 2, 164; S. DE FLAMMINIS, *Riflessioni sull'aggravante del 'negazionismo': offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont.*, 17.10.2016, 6s; A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo 'reato' di negazionismo*, in questa *Rivista*, 3, 2016, 296ss.

⁷⁷ Sulla inevitabilità del ricorso al diritto penale, seppur oculato e necessariamente garantito, in materia di associazione terroristica, F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo*, cit., 160ss.

ad aver presa su) soggetti 'predisposti' a tradurre in azione il messaggio d'odio⁷⁸. Focalizzando lo sguardo su contesti a rapida radicalizzazione, in effetti, sorge più d'un dubbio circa la «reale attendibilità di ragionamenti che pretendono di far leva su un modello 'ideal-tipico' di cittadino (o di straniero) disposto a interiorizzare tutti i valori postulati dallo Stato di diritto costituzionale»⁷⁹.

Da questo punto di vista, il consolidamento di 'pubblici speciali' - comunità islamico-radicali in caso di terrorismo, ambienti di estrema destra in caso di confutazione della Shoah ecc. - sembra legittimare l'instaurazione di *molteplici* modelli di tutela, all'interno dei quali il contenuto del messaggio, il contesto e le condizioni dell'autore - sia come elementi a sé stanti, sia come triade nel suo insieme - vengano analizzati e combinati in modo differenziato, alla luce delle peculiarità dell'*audience* di riferimento e delle opzioni di valore che l'ordinamento riserva a ciascun tipo di 'discorso pubblico'⁸⁰.

Situazione diversa, invece, quella relativa alla disciplina dell'immigrazione: in prima battuta, requisiti di legge ampi e vaghi lasciano larghi spazi di manovra alla pubblica Autorità nel disporre e 'motivare' l'espulsione, consentendo così l'applicazione della misura anche nei confronti di soggetti che, pur propalando pensieri riprovevoli, non mettano concretamente in pericolo alcunché; in subordine, i giudici si mostrano restii a censurare le scelte ministeriali, cosicché, in materia di decreti d'espulsione per motivi terroristici, il sindacato giurisdizionale sul pericolo per la collettività risulta grandemente limitato.

Nelle correnti strategie di contenimento della 'minaccia verbale' terroristica, lo strumento *amministrativistico* dell'espulsione dello straniero surclassa lo strumento *penalistico* dei reati d'opinione; v'è, in altri termini, un vero e proprio *favor expulsionis*, motivato dalla maggior speditezza e incisività con cui Autorità di pubblica sicurezza e Ministro dell'Interno possono agire. L'espulsione amministrativa, come autorevolmente detto, si mostra così nella sua veste di «autentico gendarme»⁸¹, in grado di incidere sulla libertà del soggetto pur in assenza di un reale pericolo per la collettività⁸² e senza garantirgli, come contraltare, adeguati spazi di difesa.

Questo slittamento sul piano amministrativo delle istanze preventivo-repressive tradizionalmente riservate all'ordinamento penale ha notevoli implicazioni sistematiche, relative al bene giuridico tutelato, al valore della libertà d'espressione e, infine, alla plausibilità della disciplina complessivamente considerata al cospetto della CEDU.

Il pericolo da adesione ideologica al terrorismo, nelle mani dell'amministrazione e del suo giudice, tende ad assumere una caratura astratta, connotandosi in senso soggettivo e aleatorio; ciò favorisce il riemergere di una nozione di ordine pubblico *idealizzata*⁸³, in netta contrapposizione alle consolidate acquisizioni di giurisprudenza costituzionale e penale. Il referente di tutela si fa così pericolosamente manipolabile, assumendo un'accezione rigorosamente *materiale* in ambito penale, tendente all'*ideale* in ambito di prevenzione del terrorismo⁸⁴. E ciò nonostante anche l'espulsione dello straniero - in quanto misura di prevenzione 'mascherata'

⁷⁸ In questo caso, pesa la labilità del confine tra gruppo islamico-radical e vera e propria organizzazione o cellula terroristica; perché, se è certamente vero che il pensiero islamico non coincide integralmente col terrorismo, d'altronde, è innegabile che il primo rappresenti *nucleo essenziale* del secondo, «nella misura in cui ha concorso e tuttora concorre a creare una giustificazione religiosa, un clima culturale, una tensione emotiva e una base concettuale, idonei a spronare al radicalismo militante e violento determinati soggetti sensibili al suo messaggio». F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., 31s.

⁷⁹ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 122s.

⁸⁰ Sull'impossibilità di fissare in modo obiettivo e neutrale i principi in materia di libertà di parola, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 245s.

⁸¹ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2015, 110.

⁸² Nella valutazione della condotta agevolatrice, l'inserimento del soggetto in un contesto radicalizzato o, ancor meno, i suoi singoli contatti con uno o più soggetti estremisti assumono rilievo assorbente; a fronte di tale *background*, lo straniero può venire espulso anche per manifestazioni del pensiero più grottesche che allarmanti, come avvenuto nel caso del cittadino tunisino espulso il 5 gennaio 2017 dopo aver pubblicato su Facebook le frasi: «Sono indeciso se fare il bravo o fare una strage, ci devo pensare» e «Sei divina come una macchina degli sbirri che brucia». Il comunicato stampa è consultabile su <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/comunicati-stampa/espulso-tunisino-residente-ravenna>.

⁸³ Su questi temi, seppur differenziando le nozioni di 'ordine pubblico' a seconda del contesto, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 267ss, 365ss.

⁸⁴ È quanto parrebbe emergere da T.A.R. Lazio sez. II, sent. 4.7.2011 n. 5826, ove, respingendo una questione di legittimità, il Tribunale argomenta: «i provvedimenti di espulsione in esame non sono finalizzati, [...] [al] mantenimento dell'ordine pubblico o della sicurezza interna, ma alla stessa salvaguardia dello Stato e dell'intera collettività dei consociati da attacchi esterni e indiscriminati, quali sono quelli di tipo terroristico». A questo modo, il Tribunale 'ritaglia' il bene 'sicurezza dal terrorismo' all'interno del più ampio concetto di 'ordine pubblico', legittimando, dunque, la rigorosa disciplina prevista all'art. 3 d.l. 144/2005 (in particolare, l'immediata esecutività del decreto d'espulsione).

da misura amministrativa⁸⁵ - sia *teleologicamente* inquadrabile all'interno del sistema penale⁸⁶.

Sacrificata sull'altare dell'ordine pubblico (idealizzato), la manifestazione del pensiero perde la propria pienezza. A rilevare non è tanto la soccombenza nel giudizio di comparazione con un interesse contrapposto, quanto, piuttosto, il fatto che, affidata alla giurisdizione amministrativa, la libertà d'espressione, da diritto, retrocede a interesse legittimo; da situazione giuridica *bilanciabile*, degrada a situazione giuridica *condizionata* al volere dell'Autorità⁸⁷.

Peraltro, nonostante il suo carattere affittivo oltretutto *stabile* alla luce del divieto sanzionato penalmente di rientrare nel territorio italiano⁸⁸, la misura dell'espulsione amministrativa per 'agevolazione verbale' di organizzazioni o attività terroristiche sembrerebbe poter passare indenne all'eventuale vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Da una parte, la Convenzione non garantisce un livello di tutela particolarmente avanzato in materia di espulsione individuale⁸⁹, lasciando agli Stati membri ampio margine di apprezzamento⁹⁰; dall'altra, con specifico riferimento alla libertà d'espressione, secondo corroborata giurisprudenza, la propaganda violenta e l'incitamento all'odio - a prescindere dalla concretezza del pericolo - fuoriescono dal perimetro di tutela dell'art. 10 CEDU⁹¹. I limiti al potere statale di espulsione anche in caso di *hate speech* terroristico, allora, vanno ricavati da altre norme di portata generale, come quella relativa al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)⁹² o quella che garantisce il rispetto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU)⁹³.

Nondimeno, proprio la valorizzazione di questi ultimi profili consente, seppur in via indiretta, di aprire una piccola breccia nella granitica giurisprudenza in materia di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo: il bilanciamento fra interesse alla sicurezza dello Stato e interessi della persona presuppone la possibilità, per l'indiziato di vicinanza ideologica al terrorismo, di esercitare le facoltà connesse al diritto di difesa. È proprio la garanzia di un pieno diritto di difesa, allora, a rappresentare il viatico per l'esercizio di ogni altro diritto garantito in Costituzione, compreso quello di manifestazione del pensiero (riprovevole): come efficacemente osservato, infatti, «l'effettività del diritto sostanziale dipende dall'efficacia della tutela processuale, e ciò anche quando sia in pericolo la sicurezza nazionale, che non può portare a negare le libertà fondamentali della persona»⁹⁴.

In conclusione, se è vero che uno dei punti di forza dei terroristi islamisti di ultima generazione è rappresentato dalla loro straordinaria capacità di capitalizzare la libertà d'espressione garantita dalla società che essi combattono⁹⁵, pensiamo sia con le 'armi' proprie di questa stessa società che la barbarie terroristica dev'essere arginata: promuovendo politiche di inclusione e integrazione affinché il fenomeno criminoso non si manifesti; informando prevenzione e repressione ai principi garantistici - sostanziali e processuali - laddove il fenomeno si sia già

⁸⁵ G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 608; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 226s; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., 302s.

⁸⁶ Così, quotando Pietro Nuvoletto, G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 603.

⁸⁷ Sul passaggio da diritti soggettivi a interessi legittimi nell'espulsione per motivi di ordine pubblico, R. CHERCHI, *Condizione giuridica dello straniero, acquisto della cittadinanza e riparto di giurisdizione*, in *Giudice amministrativo e diritto costituzionali*, Torino, 2012, 55; lo richiama anche M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali*, cit., 81 n. 57.

⁸⁸ G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 608; sugli aspetti penalistici, L. CORDI, *La disciplina penale connessa all'espulsione*, cit., 78.

⁸⁹ Le espulsioni *collettive*, invece, sono espressamente e assolutamente vietate (art. 4 Prot. n. 4 CEDU). Da ultimo, sul respingimento automatico di profughi arrivati sulle coste italiane dalla Grecia, Corte EDU, *Sharifi et al. vs Italia*, 21.10.2014.

⁹⁰ L'art. 5 § 1 lett. f CEDU stabilisce che nessuno può essere privato della libertà, a meno che non si tratti, fra le altre, «di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione»; l'art. 1 § 2 Prot. n. 7 CEDU, poi, sancisce che uno straniero *regolare* può essere espulso anche prima dell'esercizio dei diritti di difesa «qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale». La previsione di disciplina apposita, oltretutto, conduce la Corte a escludere la volontà degli Stati membri di estendere all'espulsione le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU. cfr Corte EDU, G.C., *Maaouia vs Francia*, 5.10.2000.

⁹¹ Corte EDU, *Leroy vs Francia*, 2.10.2008; Corte EDU, *Erdal Tas vs Turchia*, 19.12.2006; a contrario, Corte EDU, *Faruk Temel vs Turchia*, 1.2.2011. Secondo M. OETHEIMER, sub art. 2, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 414, la giurisprudenza di Strasburgo in materia di propaganda violenta è plasmata dal contesto da cui origina la stragrande maggioranza dei casi sottoposti all'attenzione della Corte, vale a dire il conflitto del sud-est della Turchia tra turchi e indipendentisti curdi.

⁹² La giurisprudenza europea in materia si è formata proprio sull'orma dell'espulsione ex d.l. 144/2005, con *leading case* Corte EDU, G.C., *Saadi vs Italia*, 28.2.2008. Conf., Corte EDU, *Ben Khemais vs Italia*, 24.2.2009; Corte EDU, *Sellem vs Italia*, 5.5.2009; Corte EDU, *T vs Italia*, 5.4.2011. In argomento, R. BARBERINI, *L'espulsione dello straniero a rischio tortura: una sentenza della Cassazione riletta alla luce degli sviluppi giurisprudenziali - nazionali ed internazionali - successivi*, *Cass. pen.*, 2012, 6, 2227.

⁹³ Corte EDU, *Al Nashif vs Bulgaria*, 20.6.2002. Sul ruolo dell'art. 8 CEDU nel temperare le misure di allontanamento ed espulsione dello straniero, in dottrina, M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale*, in *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, a cura di A.M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI, Padova, 2012, 413ss.

⁹⁴ G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., 605.

⁹⁵ Così il direttore del *Government Communication Head-quarter* britannico, come riportato da A. TETI, *Isis e social network*, cit., 81.

manifestato⁹⁶.

⁹⁶ La coesistenzialità di prevenzione (anche mediante gli strumenti penali) e rispetto dei diritti umani è ribadita nella recente *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo* (COM(2015) 625, 2015/0281), la quale, sul punto, richiama la risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di sicurezza dell'ONU: «il rispetto dei diritti umani», si legge, «è essenziale per il successo dell'azione anti-terroristica. Il mancato rispetto dei diritti umani e degli altri obblighi internazionali contribuisce infatti [...] ad acuire la radicalizzazione e favorisce un senso di impunità»; nello stesso senso, già UNDOC, *The use of internet*, cit., § 33, § 36: «States have both a right and a duty to take effective measures to counter the destructive impact of terrorism on human rights [...] Effective counter-terrorism measure and the protection of human rights are complementary and mutually reinforcing objectives which must be pursued together [...] Guaranteeing due process rights is critical for ensuring that counter-terrorism measures are effective and respect the rule of law».

Lo statuto del “terrorista”: tra simbolo ed anticipazione

The “Terrorist” Status: Between Symbolism and Advancement

GIUSEPPE MARINO

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno, comparato, europeo ed internazionale: profili sostanziali e processuali, presso l’Università degli studi di Messina

TERRORISMO, ARRUOLAMENTO

TERRORISM, RECRUITMENT

ABSTRACT

Nella lotta interna al terrorismo internazionale il legislatore italiano, in estrema approssimazione, ha normato secondo due tipi di trend. Da un lato, si è cercato di colpire le organizzazioni terroristiche a monte, sul piano del sostentamento economico, mediante una serie di disposizioni volte a congelarne i beni; dall’altro, sono state predisposte norme fortemente anticipatorie della soglia della tutela penale. La criminalizzazione di semplici atti preparatori, ingrediente fondamentale nella lotta ad un fenomeno che si mira a prevenire, non determina problemi allarmanti; a contrario, le fattispecie che anticipano la soglia dell’intervento penale per il tramite di condotte particolarmente generiche, attraverso disposizioni che si pongono palesemente in contrasto con il principio di tassatività, rappresentano una degenerazione del sistema che rischia di consegnare al potere giudiziario un’eccessiva libertà discrezionale. Non potendo le possibili soluzioni sul piano ermeneutico soddisfare l’operatore giuridico, è quindi necessario che il legislatore intervenga nel modo più coerente possibile con il principio di tassatività delle fattispecie penali. In ultimo luogo, è auspicabile che vengano altresì predisposte idonee politiche d’integrazione al fine di prevenire, sul piano sociale prim’ancora che penale, l’insorgenza di radicalizzazioni che possano sfociare in fenomeni terroristici.

Italian legislation against international terrorism has lead to two trends. On one hand, laws target the assets and economic resources belonging to terrorist associations. On the other hand, some reforms penalize preliminary actions and broaden the scope of punishable criminal offenses. As a matter of fact, those laws significantly impact the current anti-terrorism legislation and possibly contravene the fundamental principle of rule of law, leaving the jurisdictional authorities with important discretionary power. Since it is not possible to solve these critical issues from an interpretive point of view, the legislator needs to specify in detail the crimes, each time they are introduced as new. Finally, suitable policies of integration should be provided in order to prevent the onset of radicalization, which might lead to terroristic events.

SOMMARIO

1. Il diritto penale di fronte al terrorismo internazionale: tra spinte sovranazionali, diritto penale d'autore, del nemico e simbolico. – 2. Anticipazione della soglia della tutela penale: le due forme anticipatorie. – 2.1. Anticipazione classica e 270-*quater*.1 c.p. – 2.2. Anticipazione estrema e 270-*quater* c.p. – 3. Quali alternative *de iure condendo*?

1.

Il diritto penale di fronte al terrorismo internazionale: tra spinte sovranazionali, diritto penale d'autore, del nemico e simbolico.

La lotta al terrorismo¹ internazionale è stata oggetto di particolare attenzione da parte dei legislatori dei Paesi “occidentali” sin dall'esplosione, in tempi recenti, del dramma dello jihadismo in America ed in Europa. Sulla scorta dell'emotività susseguente alla serie di tragici attentati di matrice fondamentalista, la dura risposta degli Stati interessati (anche solo indirettamente) dal fenomeno non si è fatta attendere².

L'estrema volatilità del settore, oggetto d'interesse anche delle fonti di matrice sovranazionale, ha determinato, nel nostro sistema antiterrorismo, una cospicua stratificazione normativa³ recante una disciplina particolarmente rigorosa, in alcuni casi ai limiti del diritto penale simbolico e d'autore.

Il legislatore, peraltro, è intervenuto attraverso l'articolazione di fattispecie incriminatrici talvolta difficilmente riconducibili nell'alveo di un sistema strettamente coerente con i principi di legalità, materialità, offensività e colpevolezza.

La natura globale del fenomeno ha ovviamente determinato l'esigenza, nella comunità internazionale, di ricorrere agli strumenti convenzionali al fine di attuare strategie globali di lotta ai nuovi tipi di terrorismo⁴. Il legislatore, d'altra parte, nell'introdurre tali norme nel nostro ordinamento, spesso ha agito senza prestare sufficiente attenzione al sistema nel quale si stava andando ad operare, suscitando problematiche interpretative di non poco conto.

Tale normazione penale “emotiva” è stata, tra l'altro, caratterizzata dal frequente ricorso agli strumenti della legiferazione d'urgenza, con tutte le problematiche ad essa sottese. Ciò a dimostrazione, fra l'altro, della limitata ponderazione sovente operata dal legislatore nell'introduzione di norme *lato sensu* penali in un settore estremamente delicato⁵.

Nella lotta interna al terrorismo internazionale, peraltro, laddove lo strumento penale si accompagna ad un crescente ricorso alla prevenzione in senso tecnico, si percepisce una sem-

¹ L'atteggiamento repressivo del legislatore italiano nei confronti dei fenomeni terroristici ha conosciuto fasi alterne. La stessa norma centrale del sistema, l'art. 270-*bis* c.p., ha cambiato volto in relazione all'esigenza di far fronte al terrorismo di matrice jihadista, diventando così, da disposizione emblematica della lotta alla violenza politica degli anni di piombo, strumento di lotta interna al terrorismo internazionale. Cfr., sul punto, V. MASARONE, *Il discrimen tra l'art. 270 c.p. e l'art. 270 bis c.p.: un problema ancora irrisolto di 'doppia tipicità'*, in *Crit. dir.*, 2012, in particolare 33 ss.

² Gli strumenti normativi utilizzati nella repressione penale del terrorismo, nell'ambito degli Stati coinvolti, hanno, fra l'altro, determinato critiche tensioni con principi costituzionali di rango primario, generando perplessità in dottrina rispetto alla possibile limitazione estrema di alcune garanzie fondamentali – come si dirà fra poco. In proposito, v. M. CANCIO MELIÀ, *Una riforma irresponsabile, un ataque a la Constitución*, in www.eldiario.es. Per un esame di carattere comparatistico delle misure antiterrorismo adottate negli ordinamenti europei dopo il 2001, v. L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milano 2005, 177 ss.

³ A prescindere dalle questioni più strettamente garantistiche poste dall'abuso del diritto penale, tale ipertrofia normativa, di stampo estremamente casistico e caratterizzante l'intera disciplina antiterrorismo, adottata allo scopo dichiarato di colmare qualsiasi ipotizzabile lacuna del sistema (cfr., ad esempio, la relazione di conversione del d.l. n. 43/2015, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it), rappresenta di esso, paradossalmente, uno dei più importanti punti dolenti. Dovendosi gli interpreti districare all'interno di un labirinto composto di problematiche superfetazioni normative, il rischio di sovrapposizione delle condotte descritte nelle varie fattispecie (scongiurato solo in parte dalle svariate clausole di riserva previste nelle norme di cui agli artt. 270-*ter* ss. c.p.) si pone senz'altro oltre il limite della ragionevole discrezionalità tecnica degli organi inquirenti, con palesi tensioni del diritto di difesa consacrato nella nostra Carta costituzionale. Spunti in tal senso in S. COLAIOCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 1, 2015, 6 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 933 ss.

⁴ Ultimo esempio, in ordine cronologico, è la legge n. 153 del 28 luglio 2016, attraverso la quale sono state ratificate ben cinque Convenzioni internazionali in materia di prevenzione e contrasto al terrorismo, ed in particolare: la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo; la Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare; il Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo; la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo; il Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo.

⁵ Bisogna comunque tenere presente che, tutt'oggi, autorevole dottrina esprime perplessità – del tutto condivisibili – in ordine alla compatibilità costituzionale delle norme *in malam partem* introdotte attraverso la decretazione d'urgenza: sul punto, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2015, 30 ss.; G. DE VERO, *Corso di Diritto Penale I*, Torino, 2012, 242 ss.

pre più netta discrasia tra i principi del diritto penale del fatto ed un sistema che sembra orientarsi alla repressione di certi tipi d'autore. Proprio in tal senso si fa riferimento, nel titolo di questo intervento, allo statuto del "terrorista" e non del "terrorismo".

Altra critica frequentemente – ed in modo del tutto condivisibile – rivolta al sistema anti-terrorismo, collegata al tema del diritto penale d'autore, è quella di fare perno, in senso lato, sui cardini del c.d. diritto penale del nemico⁶ per fronteggiare situazioni di eccezionale pericolosità sociale. In tale settore, in effetti, assistiamo ad una sfrenata anticipazione della soglia dell'intervento penale; a degli interventi volti a degiurisdizionalizzare l'erogazione di alcune misure *lato sensu* penali nei confronti di soggetti sospettati di attività terroristiche; ad una normativa rivolta, nel suo complesso, più marcatamente alla neutralizzazione del terrorista piuttosto che alla sua rieducazione. Di tal guisa, è evidente come la "normalizzazione" dell'emergenza e degli strumenti volti a fronteggiarla scuota profondamente le fondamenta costituzionali del nostro ordinamento penale⁷.

Il legislatore ha poi, talvolta, introdotto fattispecie incriminatrici tipicamente simboliche, di scarsa applicazione pratica ovvero configuranti sanzioni sensibilmente sproporzionate rispetto alle condotte punite.

Le riforme succedutesi in materia, avendo operato nelle direzioni appena indicate, hanno pertanto realizzato un peculiare sistema basato sull'ipertrofia normativa: dal d.l. n. 374/2001, convertito dalla l. n. 438/2001, per passare dal d.l. n. 144/2005, convertito dalla l. n. 155/2005, fino al d.l. n. 7/2015, convertito dalla l. n. 43/2015, adottati tutti all'indomani di clamorosi e famigerati attacchi terroristici.

Ultima in ordine di tempo⁸, la recente l. n. 153/2016 non si sottrae, a ben vedere, dai *trend* caratterizzanti i decreti che l'hanno preceduta: esempio delle tendenze simbolistiche cui ha ceduto il nostro ordinamento penale è, verosimilmente, l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 280-ter c.p., volta a reprimere atti di terrorismo nucleare⁹.

Da un'analisi sistematica delle varie norme incriminatrici del sistema, è possibile individuare, in estrema approssimazione, due peculiari obiettivi seguiti dal legislatore nella lotta penale al terrorismo. Da un lato, seguendo gli schemi del *Feindstrafrecht* jakobsiano, si predispongono norme che introducono una feroce anticipazione della soglia della tutela penale; dall'altro, si cerca di colpire le organizzazioni terroristiche sul piano del sostentamento economico, mediante una serie di disposizioni volte a "congelarne" i beni.

Tale seconda strategia d'intervento, parallela, in un certo senso, a quanto operato nell'ambito della legislazione antimafia, mira a colpire il terrorismo alla base, attraverso la sottrazione di disponibilità materiali ed economiche.

Sebbene comporti una certa compressione di alcuni diritti fondamentali della persona¹⁰, quest'ultima strategia, chiaramente, esprime un minor grado di pericolosità rispetto all'anticipazione della soglia dell'intervento penale offerta dalla prima.

In questo senso, sembrano cogliere nel segno le introduzioni, ad opera della legge n. 153/2016, di cui agli artt. 270-*quinquies*.2 (sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro) e 270-*septies* (confisca nel caso di condanna per delitto con finalità terroristica) c.p.

Ben più delicate sono, invece, le questioni concernenti il primo *trend* legislativo cui ci si è riferiti, quello dell'arretramento dell'intervento penale fino a colpire le più recondite forme di adesione psicologica alla causa terroristica.

⁶ Com'è noto, tale espressione fa riferimento alla controversa teoria di JAKOBS: cfr. G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, IV, 2005, 117 ss.; Id., *Diritto penale del nemico: un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, relazione del convegno "Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli", (Trento 10-11 marzo 2006); Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004, 88 ss.

⁷ Spunti in tal senso in V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 186 ss. e, in particolare, 192-193.

⁸ Nella materia contigua dell'immigrazione, va segnalato il recente d.l. n. 13/2017, convertito dalla l. n. 46/2017, recante "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale".

⁹ Tale disposizione recita, precisamente: "è punito con la reclusione non inferiore ad anni quindici chiunque, con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-*sexies*: 1) procura a sé o ad altri materia radioattiva; 2) crea un ordigno nucleare o ne viene altrimenti in possesso. È punito con la reclusione non inferiore ad anni venti chiunque, con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-*sexies*: 1) utilizza materia radioattiva o un ordigno nucleare; 2) utilizza o danneggia un impianto nucleare in modo tale da rilasciare o con il concreto pericolo che rilasci materia radioattiva".

¹⁰ Si pensi ad esempio alla celebre vicenda *Kadi*, in materia di congelamento dei beni e sistema delle *black list*, ed ai suoi problematici esiti in materia di diritti umani. Sul punto, cfr. V. SCIARABBA, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in www.europeanrights.eu.

2. Anticipazione della soglia della tutela penale: le due forme anticipatorie.

La sempre maggiore anticipazione della soglia dell'intervento penale in materia di terrorismo, riflesso dell'approccio tipicamente emergenziale dedicato dal legislatore alla materia¹¹, determina serie questioni interpretative: lo spazio distintivo tra erogazione della pena in senso stretto (tramite l'applicazione delle fattispecie incriminatrici) e della misura di prevenzione, ad esempio, è sempre più labile.

Eppure, i fenomeni di normazione che hanno interessato il settore, se da un lato hanno senz'altro risentito delle spinte sovranazionali ed internazionali, non sempre hanno tenuto debitamente in conto le necessità di tutela dei diritti umani, mediate dal rispetto dei fondamentali principi di materialità ed offensività, da un lato, e legalità, nell'articolazione della sufficiente determinatezza, dall'altro.

Da una generale analisi delle fattispecie incriminatrici introdotte dalle varie riforme anti-terrorismo susseguitesì, è possibile evidenziare come siano due, in estrema approssimazione, le forme di fenomeni anticipatori realizzati.

2.1. Anticipazione classica e 270-quater.1 c.p.

Sotto un primo profilo, il legislatore ha normato secondo la forma "classica" di anticipazione della soglia dell'intervento penale: la criminalizzazione degli atti antecedenti rispetto all'evento di danno al bene giuridico di riferimento.

Proliferano quindi i reati di pericolo, specialmente astratto, e, più in generale, le norme volte a criminalizzare atti preparatori rispetto alla condotta terroristica in sé e per sé.

Peculiare risalto, nell'ambito del sistema *de quo*, è dato alla finalità terroristica, normativizzata all'art. 270-*sexies* c.p.: essa dovrebbe colorare di offensività talune condotte che, altrimenti, dovrebbero inevitabilmente considerarsi lecite.

Tale metodologia di intervento non determina problemi particolari, al di fuori di quelli, già conosciuti, legati all'eccessiva anticipazione del momento della consumazione del reato rispetto all'evento dannoso del bene giuridico di riferimento: questioni, queste, ovviamente connesse al rispetto dei principi di materialità e necessaria lesività.

Un esempio in questa direzione, tra gli altri, è rinvenibile nella fattispecie di cui all'art. 270-*quater*.1 c.p., disposizione che incrimina l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo.

La previsione sanziona, alternativamente, le condotte di organizzazione, finanziamento o propaganda di trasferimenti all'estero con la finalità di compiere condotte a loro volta con finalità di terrorismo¹².

Tale disposizione, introdotta nell'ambito della riforma predisposta dal d. l. 18 febbraio 2015, n. 7, ha come scopo dichiarato quello di colpire i c.d. *foreign fighters*¹³, tutelando il bene giuridico della sicurezza dello Stato ed internazionale e dell'ordine pubblico.

La fattispecie rappresenta una peculiare ipotesi di reato a dolo specifico ma a condotta socialmente neutra: l'organizzazione, il finanziamento e la propaganda assumono connotazio-

¹¹ Il collegamento tra legiferazione emergenziale ed anticipazione della tutela penale, con relativi riferimenti in punto di criticità in tema di garanzie, è evidenziato da V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., 203 ss. e, in particolare, 205-206.

¹² L'ampia anticipazione dell'intervento penale nella fattispecie in esame è messa in risalto dal duplice dolo specifico configurato dal legislatore. Si prevede, infatti, che le condotte incriminate siano finalizzate al compimento di atti che abbiano i fini di cui all'art. 270-*sexies* c.p. Critico nei confronti dell'eccessiva soggettivizzazione di tale fattispecie è A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, 231 ss.

¹³ La riforma antiterrorismo del 2015, infatti, esplicitamente si riferisce alla Risoluzione n. 2178 del 2014 del Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite - adottata ai sensi del Capo VII della Carta delle Nazioni Unite e quindi vincolante per gli Stati Membri - la quale rappresenta l'esigenza di lotta nei confronti dei *foreign terrorist fighters*, "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" (cfr. S/RES/2178, ottava clausola preambolare).

ne di offensività esclusivamente in relazione alla finalità di terrorismo¹⁴ cui tali azioni sono teleologicamente dirette.

Ora, è risaputo come tale categoria di reati concretizzi una tensione con il principio di necessaria lesività e, prima ancora, con quello di materialità.

Nei reati a dolo specifico a condotta neutra, infatti, il fatto tipico di base non esprime, di per sé, una pregnante offesa nei confronti del bene giuridico tutelato dalla norma, con la conseguenza che gli effetti sanzionatori vengono ricollegati ad un dato meramente soggettivo – l'intima finalità perseguita dall'agente. Con due conseguenze su tutte: da un lato, il rischio tutt'altro che ipotetico che si ricorra, in sede processuale, a scorciatoie probatorie ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo; dall'altro, che venga violato il basilare crisma per cui *cogitationis poenam nemo patitur*.

La dottrina maggioritaria ha comunque posto in evidenza come sia possibile superare i dubbi di costituzionalità che investono i reati a dolo specifico a condotta neutra per via ermeneutica, ricorrendo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata di tali fattispecie. In tal senso, sarebbe lo stesso dolo specifico, in queste ipotesi, a colorare di offensività la fattispecie già sul piano della tipicità, in quanto il fine richiesto dalla norma dovrà essere perseguito dall'agente attraverso una condotta che sia connotata dall'idoneità a raggiungere quel determinato fine offensivo¹⁵.

Sebbene gli scopi perseguiti e le eco giurisprudenziali ottenute¹⁶ da tale orientamento siano senz'altro lodevoli, la controindicazione rispetto ad una generalizzata interpretazione costituzionalmente orientata è costituita prevalentemente dal rischio di "assopimento" legislativo: è necessario che il ricorso a tali tipologie di soluzione, sul piano ermeneutico, rappresenti l'eccezione, nell'ambito di un sistema penale del fatto, in cui alla discrezionalità del giudice dev'essere lasciato il minor spazio possibile.

Entro tali premesse, l'art. 270 *quater*.1 c.p. non determina, a ben vedere, nuovi o peculiari problemi per gli operatori del diritto, né sul versante della tassatività¹⁷ né sotto l'altro delicato profilo, sul quale si è già posta attenzione, della compatibilità con i principi costituzionali di materialità ed offensività: sarà sufficiente applicare la previsione tenendo conto della copiosa produzione sull'interpretazione dei reati di pericolo di dottrina e giurisprudenza, peraltro già richiamata.

Tali considerazioni possono essere verosimilmente estese, più in generale, a tutte le altre fattispecie a consumazione anticipata che rientrino nei limiti della descrizione di condotte sufficientemente determinate. Nonostante le problematiche di offensività da esso sollevate, infatti, l'adozione di tale tipo di modello di normazione appare giustificabile alla luce dell'importanza del bene giuridico tutelato ed al pericolo insito alle camaleontiche forme di terrorismo di recente emersione.

Esso non determina, quindi, particolari criticità, a patto di applicarne le previsioni secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale – beninteso – non dovrebbe di per sé soddisfare l'operatore giuridico, sollevando il legislatore dall'onere di introdurre norme rispettose – già *ex ante* – dei canoni della materialità e dell'offensività.

¹⁴ Finalità, quella di cui all'art. 270-*sexies* c.p., della quale sono state ampiamente, in dottrina, evidenziate le criticità in punto di sufficiente determinatezza. Sul punto, si rinvia a F. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. KOSTORIS - R. ORLANDI, Torino, 2006, 82 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 101 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., 209 ss.

¹⁵ Non è possibile indugiare oltre sulla problematicità di tali ricostruzioni ermeneutiche, in tal sede, invero, sommariamente richiamate. Si vedano sul punto, in accezioni pur differenti, A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 418 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale I*, cit., 144 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I*, Milano, 2001, 576 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 501 ss.

¹⁶ Si pensi, in primo luogo, ai risultati ottenuti in materia di associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p.: la stessa giurisprudenza ha sottolineato come, nel delitto in questione, l'intenzione dei partecipanti debba risultare dai profili oggettivi dell'organizzazione dell'associazione, dovendo necessariamente l'elemento del fine caratterizzare la fattispecie tipica (cfr. sul punto Cass. Pen., sez. VI, 27 giugno 1988, in *Ced*, rv. 179288). Un ulteriore esempio della funzione tipizzante che in giurisprudenza ha assunto il dolo specifico è rintracciabile nella stessa disciplina dell'antiterrorismo, rispetto alla disposizione di cui all'art. 270-*bis* c.p.: si veda, in particolare, Cass. Pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, Zirulia, *inedita*, nella quale la Suprema Corte evidenzia come «il finalismo terroristico non sia un fenomeno esclusivamente psicologico, ma si debba materializzare in un'azione seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti nella norma».

¹⁷ Ed invero, le condotte di "organizzazione", "propaganda", "finanziamento", incriminate dalla norma *de qua*, non sollevano particolari problemi di determinatezza, a differenza di quanto fra poco si dirà relativamente alla seconda metodologia di anticipazione della soglia dell'intervento penale adottata dal legislatore.

2.2.

Anticipazione estrema e 270-quater c.p.

In relazione ad un secondo filone normativo nel settore dell'antiterrorismo, è possibile rilevare come siano state introdotte fattispecie delittuose che anticipano la soglia dell'intervento penale descrivendo ed incriminando condotte "minuziosamente" generiche, attraverso disposizioni che si pongono palesemente in contrasto con il principio di tassatività. In tali casi, che rappresentano, in un certo senso, una forma "estrema" di anticipazione, la tensione con i principi di materialità ed offensività è realizzata dalla violazione di un altro crisma costituzionale, ovvero quello di sufficiente determinatezza¹⁸.

Tale seconda forma di anticipazione, con tutta evidenza ben più allarmante rispetto alla prima, trova un suo esempio normativo nella fattispecie di cui all'art. 270-quater c.p., che incrimina l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, sia nella forma attiva che nella forma passiva¹⁹. L'incriminazione di una condotta prodromica a quella associativa, insieme all'espressa clausola di sussidiarietà a favore dell'art. 270-bis c.p., tradiscono la funzione strumentale della norma. Essa, infatti, è destinata a trovare applicazione (anche) laddove non si riesca, in sede processuale, a provare l'esistenza del vincolo associativo²⁰.

La vocazione politico-criminale della disposizione è accentuata dalla costruzione della condotta punibile. Già prima del ritocco operato nel 2015 sulla disposizione, infatti, la norma era stata oggetto di critiche in dottrina per la sua formulazione, spiacevolmente disarmate.

L'art. 270-quater c.p., invero alquanto tautologicamente, incrimina per "arruolamento con finalità di terrorismo" coloro che *arruolano* e che *vengono arruolati* per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale. La condotta incriminata, dunque, è l'*arruolamento*: su cosa esso sia, tuttavia, il legislatore (eloquentemente?) tace.

In virtù della genericità della condotta descritta dall'art. 270-quater c.p., in dottrina e in giurisprudenza varie sono state le interpretazioni proposte sul significato da attribuirle.

Una prima possibilità, subito esclusa, riguarda un'interpretazione letterale del termine "arruolamento". Ed infatti, intendere la condotta punita dalla fattispecie in esame come attività d'iscrizione nei ruoli dell'esercito o di altra forza paramilitare in senso stretto comporta importanti criticità di carattere sistematico, in virtù della clausola di riserva a favore dell'art. 270-bis contenuta nell'art. 270-quater c.p.

Se infatti l'arruolamento è punito a condizione che non sia applicabile la norma – centrale nell'ambito del sistema – che incrimina l'associazione con finalità di terrorismo, è evidente che l'ambito di applicazione dell'art. 270-quater c.p. vada delimitato al di fuori della fattispecie associativa. La conseguenza diretta di tale assunto, tuttavia, è che, sul piano applicativo, il significato penalmente rilevante (ai sensi della disposizione *de qua*) da attribuire alla condotta di *arruolamento* è fondamentalmente diverso da quello etimologico.

Ed infatti, esclusa la possibilità di interpretare la norma coerentemente al significato letterale del verbo "arruolare", parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità interpreta l'arruolamento come una peculiare forma d'istigazione, ovvero come ingaggio, consistente nel raggiungimento di un *serio accordo* tra arruolante ed arruolato²¹, non essendo necessaria ai fini della punibilità un'effettiva presa di servizio.

Sebbene, infatti, anche anteriormente al 2005 – anno di introduzione della fattispecie di cui all'art. 270-quater c.p. – la nozione di arruolamento non fosse sconosciuta, essendo punita, ad esempio, ai sensi degli artt. 244 e 288 c.p., in giurisprudenza si è ritenuto che in relazione

¹⁸ Tale profilo di problematicità, *mutatis mutandis*, lo si ritrova più in generale nella clausola di incriminazione del concorso di persone nel reato: anche in questo caso, per esigenze di politica criminale, l'estensione della punibilità per le condotte atipiche dei concorrenti, è realizzata attraverso il meccanismo di imputazione di cui all'art. 110 c.p., norma che mostra palesemente un *deficit* di tassatività. È purtuttavia impensabile ipotizzare l'espunzione dal sistema di tale norma, proprio per l'imponente funzione incriminatrice da essa svolta. Spunti in tal senso, ed in chiave critica, in L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 76 ss.

¹⁹ Il c.d. *arruolamento passivo*, punito ai sensi del secondo comma dell'art. 270-quater c.p., è fattispecie introdotta dalla riforma antiterrorismo del 2015. Il legislatore, attraverso la novella in questione, ha tentato di eliminare qualsiasi intercedente lasciata libera dal sistema previgente, abbattendo il rischio di lacune normative in materia, per fronteggiare la nuova minaccia costituita dai c.d. "lupi solitari". Sia consentito il rinvio, sul punto, a G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2016, 1400 ss.

²⁰ In tal senso, cfr. A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1228, nonché V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., 265.

²¹ In tal senso, significativa è la sentenza Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 40699, Elezi, in www.archiviopenale.it.

alla norma in esame la condotta punibile non potesse essere assimilata al più generico *reclutamento*, ma dovesse essere equiparata «alla nozione di “ingaggio”, intesa come “serio accordo” tra soggetto che propone (il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo) e soggetto che aderisce²²».

La consumazione del reato di arruolamento viene quindi fissata dalla Cassazione nel momento del raggiungimento del serio accordo tra arruolante ed arruolato, con la conseguente possibilità di configurare, rispetto all'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 270-*quater* c.p., finanche il tentativo²³.

Entrambi i profili posti in evidenza non appaiono per nulla scevri da critiche.

Quanto al raggiungimento del “serio accordo”, momento individuato come quello della consumazione del reato, la Cassazione ha tentato, nel descriverne i caratteri, di riportare la fattispecie ad un momento di tipicità. In particolare, secondo la Corte, è necessario non solo che «l'accordo di arruolamento abbia [...] il carattere della serietà - intesa da un lato come autorevolezza della proposta (il proponente deve avere la concreta possibilità di inserire l'aspirante nella struttura operativa una volta concluso l'ingaggio) e dall'altro come fermezza della volontà di adesione al progetto - ma soprattutto [che] sia caratterizzato in modo evidente dalla doppia finalizzazione prevista dalla norma (con relativa pienezza dell'elemento psicologico) il che giustifica la sua incriminazione²⁴».

Tale impostazione, con tutta evidenza, rivela i limiti di una fattispecie costruita su base prevalentemente soggettivistica. Come si accerterà, a livello processuale, la serietà dell'accordo concluso tra arruolante ed arruolato? Nell'incertezza determinata dalla disposizione, vi è un concreto rischio di approdare ad applicazioni che terranno conto prevalentemente del *background* personale dell'imputato²⁵, piuttosto che della reale esposizione a pericolo dei beni giuridici dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

Le incertezze applicative aumentano volgendo lo sguardo al secondo profilo, ossia quello relativo alla configurabilità del tentato arruolamento. Esso consisterebbe nella commissione di atti idonei e diretti in modo non equivoco al raggiungimento di un serio accordo con taluno per il compimento di atti con finalità di terrorismo.

La configurabilità del tentativo rispetto alla fattispecie di cui all'art. 270-*quater*, primo comma, c.p., estremizza ulteriormente l'anticipazione dell'intervento penale *stricto sensu*, agendo in un momento - quello ideativo dell'azione criminosa - in cui, ancora, i terroristi non sarebbero concretamente entrati in azione. In questo caso la sovrapposizione con l'ambito applicativo della prevenzione in senso tecnico è maggiormente evidente.

Inoltre, e questo non è un problema di poco conto, risulterà a dir poco arduo, sul piano probatorio, riuscire a distinguere il delitto consumato dalla forma tentata, specialmente nel caso di accordo verbale. Atteso che il momento della consumazione è stato fissato nel raggiungimento dell'accordo, vi è il concreto rischio che una qualsivoglia forma di adesione psicologica ai piani dell'arruolante manifestata da parte dell'arruolato, ancorché non costituente un'accettazione, venga ritenuta sufficiente ad integrare il serio accordo e dunque la condotta di arruolamento, nella forma consumata.

Potendosi quindi qualificare come una specifica forma d'istigazione, la configurabilità del delitto di arruolamento “attivo” in forma tentata determina, infine, problematici cortocircuiti

²² Cfr. Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 40699, cit., § 3, 15.

²³ Cfr. Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 40699, cit., § 3.1, 17-18: «una volta raggiunto tale assetto - relativo alla consumazione del reato - non può, peraltro, escludersi [...] l'ipotesi del tentativo punibile in rapporto a condotte poste in essere dal soggetto proponente e tese, con i caratteri di cui all'art. 56 cod. pen., [...] al raggiungimento del suddetto accordo. Non è infatti la particolare natura del reato (di pericolo) ad impedire - di per sé - l'applicazione della generale previsione estensiva di cui all'art. 56 cod. pen., quanto la struttura della singola fattispecie [...] e la possibilità o meno di identificare in concreto una “progressione della esposizione a pericolo” dei beni giuridici protetti [...]. Nel caso in esame, essendo il reato consumato incentrato su un evento (per quanto detto, il serio accordo) altamente pericoloso, è da ritenersi tollerabile ed identificabile in concreto (ferme restando le complessità probatorie) una progressione (nell'attività tesa alla promozione e realizzazione dell'accordo) tale da integrare la soglia di punibilità della condotta, con l'ovvia necessità di distinguere i caratteri del tentativo punibile rispetto alla attività di mero proselitismo o libera manifestazione del pensiero [...] e con l'altrettanto avvertita necessità di confrontarsi con le scelte di incriminazione operate dal legislatore e relative a fattispecie analoghe (art. 302, art. 414 cod. pen.)».

²⁴ Cfr. Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 40699, cit., § 3.1, 17.

²⁵ Il diritto penale del fatto, dunque, rischia di diventare, nel paludoso terreno dell'antiterrorismo, diritto penale d'autore. In un sistema che, in materia di terrorismo, ha anticipato ferocemente la soglia del penalmente sanzionabile, tra l'altro, lo spazio per la prevenzione in senso tecnico (la quale più propriamente sarebbe legittimata ad intervenire, con misure *ante delictum*, in base al sospetto, purché fondato) si riduce fortemente; o, comunque, gli ambiti di applicazione dell'una (sanzione penale in senso stretto) e dell'altra (misura di prevenzione) rischiano senz'altro di sovrapporsi. Spunti in tal senso in M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali* (e-book degli atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016), in *Quest. Giust.*, speciale, settembre 2016, *passim*.

sistematici per la sovrapposizione, del tutto evidente, con l'art. 302 c.p. Come si distinguerà, nel concreto, il tentato arruolamento dall'istigazione non accolta?

Le criticità appena evidenziate sarebbero senz'altro state attutite da un diverso tenore letterale della disposizione. Se, infatti, l'art. 270-*quater* c.p. avesse contenuto una definizione più pregnante di arruolamento, financo quale peculiare forma d'istigazione²⁶, lo spazio per eventuali divagazioni giurisdizionali sarebbe stato certamente inferiore. Nell'attuale situazione di assoluta incertezza normativa, la discrezionalità di cui gode l'organo giurisdizionale nell'applicazione di tale fattispecie è del tutto intollerabile.

Anche rispetto a tale tipologia d'intervento anticipatorio, quindi, si rende necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'atto preparatorio, da valutarsi in relazione alla *concreta idoneità* dello stesso ad esporre a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma. L'agente non potrà essere punito per il solo fatto di essersi accordato con taluno per commettere un crimine: in questi casi dovrebbe semmai trovare applicazione l'art. 302 c.p.

In ogni caso, l'interpretazione delle norme in questione orientata al principio costituzionale di offensività non può in alcun modo surrogarsi al ruolo del legislatore rispetto alla necessaria tassatività delle fattispecie penali.

È dunque necessario ed urgente un intervento legislativo di specificazione della condotta di cui all'art. 270-*quater* c.p.; più in generale, è fondamentale che il legislatore si orienti, nelle scelte di politica criminale e specialmente quando intende incriminare atti preparatori, al principio di sufficiente determinatezza delle fattispecie, pena un inaccettabile *vulnus* di garanzia²⁷.

3. Quali alternative *de iure condendo*?

Tra i due *trend* d'intervento nell'ambito della lotta interna al terrorismo internazionale, in una prospettiva *de lege ferenda*, è verosimilmente il primo cui si è fatto cenno a poter essere adeguatamente valorizzato.

Se sofisticare gli strumenti di lotta alle finanze terroristiche può fornire un utile contributo alla lotta ai fenomeni associativi (in tal senso, il parallelismo mafia-terrorismo può, probabilmente, risultare più credibile), l'introduzione di norme criminalizzanti degli atti preparatori definiti in modo eccessivamente generico determina spiacevoli criticità in punto di legittimità costituzionale.

Con ciò, beninteso, non si intende in alcun modo suggerire l'impostazione di un sistema antiterrorismo basato su reati di danno. Purtuttavia, la necessità di prevenire l'evento dannoso dell'attentato terroristico attraverso fattispecie di pericolo non deve giustificare la creazione di un sottosistema basato sul tipo di autore, privo delle garanzie tipiche del diritto penale del fatto.

Accanto ai due tipi di intervento analizzati, esiste tuttavia un ulteriore piano, fondamentale nell'approccio al fenomeno del terrorismo, eppure meno esplorato dal legislatore e dalle politiche governative. Si fa riferimento alle strategie di predisposizione di adeguate *policies* di integrazione sociale.

Guardando agli ultimi attentati che hanno sconvolto Francia e Belgio, si può notare come essi siano stati organizzati e portati a termine, in effetti, da cittadini, figli di immigrati²⁸, degli stessi Paesi nei quali gli attacchi sono stati organizzati, ovvero da soggetti di nazionalità diversa ma stabilitisi da lungo tempo nel luogo attaccato²⁹.

In criminologia, numerosi studi hanno messo in correlazione la criminalità con la condizione dell'immigrato di seconda generazione, soggetto che non riesce a riconoscere come propri i valori etici del paese d'origine della propria famiglia, ma neanche quelli della società

²⁶ Nel diritto eurounitario, ad esempio, una definizione di *recruitment for terrorism* è resa nella decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008, quale qualsiasi attività volta a *soliciting another person to commit one of the offences listed in Article 1*, ovvero un reato di terrorismo. Sebbene sia auspicabile una definizione di arruolamento che vada al di là della mera istigazione, una scelta di campo, anche nel senso appena criticato, offrirebbe senz'altro maggiori garanzie, sotto il profilo della tassatività, ai soggetti ai quali tale incriminazione andrà ad applicarsi.

²⁷ Ribadendo l'ovvio, si tenga sempre presente che, sebbene tali norme siano state chiaramente strutturate per fronteggiare il terrorismo di matrice jihadista, una volta introdotte nel sistema potranno trovare applicazione nei confronti dell'intera collettività.

²⁸ È il caso di Amedy Coulibaly e dei fratelli Chérif e Saïd Kouachi, responsabili dell'attentato del 7 gennaio 2015 presso la sede del giornale satirico Charlie Hebdo; nonché di Salah Abdeslam, membro del commando resosi responsabile degli attacchi di Parigi del 13 novembre 2015.

²⁹ Si pensi a Mohamed Lahouaiej-Bouhlel, responsabile della strage di Nizza del 14 luglio 2016, residente da molti anni in Francia e munito della doppia cittadinanza, tunisina e francese.

in cui vive.

Questa travagliata condizione, si è osservato³⁰, può determinare una maggiore propensione a delinquere, aggravata dalle ulteriori discriminazioni subite nelle società di migrazione. È verosimile ritenere che tali soggetti, che vivono un disagio di base determinato dal conflitto culturale che li riguarda, possano più facilmente approdare a forme di radicalizzazione e di fondamentalismo religioso.

Non è un caso che l'unico Paese in Europa dove il tasso di criminalità degli immigrati di seconda generazione sia diminuito, negli ultimi decenni, sia la Svezia.

In particolare, uno studio³¹ ha dimostrato come il dato controtendenza svedese sia strettamente connesso all'alto livello di integrazione degli immigrati, di prima e seconda generazione, nell'ambito di tale società, frutto di specifiche politiche sociali di armonizzazione e mediazione, attuate già a livello scolastico.

Di recente, invero, a livello interno si sono rilevati dei segnali positivi di apertura sotto questo punto di vista.

Il Governo italiano ha infatti, in primo luogo, incentivato la costituzione di una "Commissione di studio sul fenomeno della radicalizzazione e dell'estremismo jihadista", indipendente e i cui lavori hanno avuto una durata di 120 giorni³². La Commissione ha espresso la necessità che alla prevenzione penalmente intesa, attuata mediante arresti ed espulsioni, vengano affiancate idonee strategie volte a prevenire la radicalizzazione attraverso azioni non repressive. Sulla base delle esortazioni provenienti dagli organismi sovranazionali, inoltre, la Commissione ha evidenziato come le strategie di contrasto all'estremismo violento debbano muoversi su tre piani diversi: al macro-livello, contrastando l'attrattività della comunicazione jihadista veicolando messaggi alternativi ed efficaci rispetto ai soggetti destinatari; al meso-livello, attraverso un dialogo positivo con le comunità a forte rischio di radicalizzazione; infine, al micro-livello, intervenendo in via preventiva su individui in corso di radicalizzazione³³. Nell'ottica della Commissione, pertanto, per contrastare l'emergenza jihadista, alla prevenzione del "terrorista" va affiancata, in una fase antecedente, la prevenzione della "radicalizzazione".

Il Governo ha, inoltre, recentemente promosso la conclusione di un "Patto nazionale per un Islam Italiano" con le organizzazioni islamiche attive sul territorio³⁴. Esso rappresenta un importante momento di collaborazione ed integrazione di tali comunità alla vita politica della collettività, e dimostra l'impegno congiunto di fronteggiare il pericolo della radicalizzazione violenta³⁵.

La strada intrapresa, pertanto, appare in linea con le esigenze di prevenzione, non solo giuridica quanto sociale, mediante un'integrazione culturale effettiva di tali comunità.

In conclusione, probabilmente la tendenza che dovrebbe valorizzarsi al massimo grado in materia di lotta al terrorismo internazionale è proprio quella relativa alla predisposizione di appropriate politiche d'integrazione sociale che permettano di sanare il profondo disagio culturale che spesso affligge gli autori di attentati terroristici di matrice jihadista, che meriterebbe di essere ulteriormente approfondita in sede di dibattito legislativo e politico, a discapito di normazioni generiche e all'insegna del simbolismo penale.

³⁰ Sul punto, v. T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, in *American Journal of Sociology*, 1938, vol. 44, n. 1, *passim*.

³¹ P. L. MARTENS, *Immigrants, Crime, and the Criminal Justice in Sweden*, in A.A. V.V., *Ethnicity, Crime and Immigration. Comparative and Cross-national Perspectives*, a cura di M. TONRY, University of Chicago Press, 1997, 183 ss.

³² I lavori della Commissione nell'incontro del 5 gennaio 2017 sono consultabili sul sito del Governo, <http://www.governo.it/media/la-riunione-della-commissione-di-studio-sul-fenomeno-della-radicalizzazione-e-dell'estremismo>.

³³ Sotto questo punto di vista, la proposta della Commissione è particolarmente innovativa e trae spunto dall'esperienza comparatistica: ciò che è auspicato, infatti, è la promozione di un sistema nel quale soggetti in fase di radicalizzazione vengano segnalati ad autorità preposte non tanto, salvo ne sussistano gli estremi, all'arresto o all'espulsione, quanto alla de-radicalizzazione.

³⁴ Il patto, concluso nel febbraio del 2017, è consultabile sul sito del Governo, <http://www.interno.gov.it/it/servizi-line/documenti/patto-nazionale-islam-italiano>.

³⁵ Le organizzazioni, attraverso il patto, si impegnano infatti a garantire ampie "forme di collaborazione che offrano alle autorità e alle istituzioni strumenti di interpretazione di un fenomeno", quello del radicalismo religioso, "che minaccia la sicurezza della collettività, ivi compresi cittadini e residenti di fede islamica".

Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto

Asset Freezing with the Aim of Preventing Terrorism and Fundamental Rights

CHIARA BATTAGLINI

Dottore di ricerca in Diritti umani e diritti sociali fondamentali presso l'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"

BLACK LISTS, SANZIONI INDIVIDUALI ONU,
CONGELAMENTO, CONFISCA DI PREVENZIONE,
DIRITTI FONDAMENTALI

BLACK LISTS, SMART SANCTIONS, ASSET FREEZING,
ITALIAN NON-CONVICTION BASED CONFISCATION,
FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

La compatibilità con i diritti umani delle procedure applicative delle misure antiterrorismo impiegate sul sistema del blacklisting è questione nuovamente rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sulla scia della nota vicenda Kadi, in cui il giudice europeo ha sancito la primazia dei diritti fondamentali sull'esigenza di lotta al terrorismo, si pongono le conclusioni dell'Avvocato generale in merito ai ricorsi del Consiglio dell'UE avverso le sentenze con cui il Tribunale ha annullato le decisioni che dispongono il congelamento di capitali nei confronti di Hamas e Liberation Tigers of Tamil Eelam. Appare inoltre interessante soffermarsi sui rapporti tra la misura del congelamento e le nazionali misure del sequestro e della confisca di prevenzione, applicabili anch'esse a coloro i cui nominativi sono iscritti nelle liste. Da tale confronto pare emergere una prassi nazionale, seppur controversa, più garantista a dispetto di quelle oltre confine, poiché volta a prediligere il ricorso a misure giurisdizionali, i cui procedimenti applicativi appaiono più rispettosi dei principi di difesa e del contraddittorio ed impiegate su di uno standard probatorio maggiormente consistente.

The key question of fundamental rights protection in the matter of asset freezing in the fight against terrorism has once again been submitted before the European Court of Justice, after the Council of Europe appealed the General Court's judgments annulling the Council decisions, keeping Hamas and the Liberation Tigers of Tamil Eelam on the European fund-freezing list. Moreover, it is also interesting to compare the international preventive measure of asset freezing directed against certain persons and entities for the purpose of combating terrorism with the Italian non-conviction based confiscation applicable towards individuals included in the blacklists. This comparison reveals that the national confiscation, as a judicial measure, guarantees procedural rights and fair trial standards better than asset freezing.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le *smart sanctions* e il sistema del *blacklisting*. – 2.1. Il sistema del *blacklisting* a livello europeo. – 3. Il congelamento di fondi e risorse economiche. – 4. *Smart sanctions* antiterrorismo e diritti fondamentali: la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 5. Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU e Cedu: la posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo. – 6. Criticità della procedura di mantenimento dei nominativi nelle liste: i casi *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)* e *Hamas*. – 7. Le fattispecie nazionali del sequestro e della confisca di prevenzione. – 8. Riflessioni conclusive.

1.

Premessa.

Il presente contributo trae spunto dalle conclusioni rese dall'Avvocato Generale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alle cause pendenti tra il Consiglio dell'Unione Europea e le organizzazioni di *Liberation Tigers to Eamel (LTTE)* e *Hamas*¹.

In attesa che la Corte di Giustizia si pronunci, le conclusioni rappresentano una rinnovata occasione per riflettere sulla compatibilità con i principi dello Stato di diritto delle misure antiterrorismo basate sul sistema del *listing* introdotto dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

In un settore la cui normativa è imperniata su di uno *status* di eccezione, esemplificazione di quel diritto penale del nemico teorizzato da Gunther Jakobs², l'esigenza sentita dall'intera comunità internazionale di approntare una efficace e tempestiva risposta al terrorismo deve pur sempre conciliarsi con il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni degli Stati membri e dalle Carte sovranazionali. Tale assunto impone di valutare in chiave critica quanto e fino a che punto la domanda di sicurezza possa legittimare gli Stati e le organizzazioni internazionali a sacrificare porzioni di libertà individuali nel rispetto dei limiti posti all'esercizio della potestà punitiva.

Le suddette cause traggono origine dai ricorsi presentati dal Consiglio dell'UE avverso le pronunce con cui il Tribunale³ ha annullato le decisioni del Consiglio di mantenere nelle *black lists* le organizzazioni di *Liberation Tigers of Tamil Eelam* e *Hamas*, e di applicare loro la sanzione del congelamento di capitali. Le questioni rimesse alla Corte di Giustizia paiono collocarsi sulla scia della nota vicenda *Kadi*⁴, in cui la giurisprudenza europea, definendo il rapporto tra le fonti normative del diritto europeo e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, ha sancito la primazia dei diritti fondamentali, in particolare del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, sull'esigenze di lotta al terrorismo.

Offerto qualche spunto per riflettere sulla bontà delle procedure relative all'applicazione delle sanzioni individuali antiterrorismo, appare altresì interessante soffermarsi sui rapporti tra la misura del congelamento di capitali e le misure patrimoniali nazionali del sequestro e della confisca di prevenzione, anch'esse applicabili ai soggetti inseriti nelle liste. Da tale confronto

¹ Conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston del 22 settembre 2016, nelle cause [C-599/14 P Consiglio dell'Unione europea c. LTTE](#) e [C-79/15 P Consiglio dell'Unione europea c. Hamas](#), consultabili all'indirizzo www.curia.europa.eu

² La letteratura sul tema è vastissima, fra i tanti si citano: G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R. KOSTORIS – R. ORLANDO (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, 3 ss.; R. BARTOLI, *Il terrorista internazionale: criminale, nemico o nemico assoluto?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, 1725 ss.; ID., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 274 ss.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 161 ss.; G. MARINUCCI, *Alla ricerca del nemico: da satana al diritto penale cool*, Milano, 2006.

³ Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 16 ottobre 2014, *LTTE c. Consiglio dell'Unione Europea*, cause riunite T-208/11 e T-508/11; Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 17 dicembre 2014, *Hamas c. Consiglio dell'Unione Europea*, causa T-400/10, consultabili all'indirizzo www.curia.europa.eu

⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 3 settembre 2008, *P. Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 e C-415/05; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 luglio 2013, *Commissione, Consiglio, Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, consultabili all'indirizzo www.curia.europa.eu. Cfr. R. DICKMANN, *Il "principio di legalità comunitaria" nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite* (nota a CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05), in www.federalismi.it; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, 262 ss.; V. SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rass. For.*, 2006, 175 ss.; ID., *La Corte di Giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in europeanrights.eu, 2014.

emerge una prassi nazionale più garantista di quelle oltre confine, essendo possibile ricorrere a misure giurisdizionali i cui procedimenti applicativi appaiono più rispettosi dei principi di difesa e del contraddittorio ed imperniati su di uno standard probatorio maggiormente consistente.

2.

Le Smart Sanctions e il sistema del Blacklisting.

Per una maggiore comprensione delle questioni trattate, pare opportuno soffermarsi brevemente sui meccanismi di funzionamento del sistema del *listing* su cui poggiano le *smart sanctions* introdotte dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

La normativa in materia di terrorismo internazionale ha matrice sovranazionale⁵ ed è in gran parte costituita dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, quali atti vincolanti per gli Stati membri adottati ai sensi del capo VII (artt. 39 - 51) della Carta delle Nazioni Unite⁶.

Lo sviluppo di un sistema normativo a vocazione universale, con l'obiettivo di uniformare le legislazioni nazionali mediante la predisposizione di medesimi strumenti di contrasto, si è reso necessario per fronteggiare un fenomeno, in particolare il terrorismo di matrice islamico-fondamentalista, che ha assunto la portata di una minaccia globale. Tale azione di contrasto, coordinata e basata sulla cooperazione internazionale, si caratterizza per una massiccia anticipazione della tutela, imperniata sulla criminalizzazione di condotte preparatorie, prodromiche alla commissione di attentati terroristici e sul ricorso a misure di prevenzione *ante-delictum* tese alla neutralizzazione di coloro che si sospetta possano rappresentare una

⁵ Nel panorama internazionale si individuano la Convenzione delle Nazioni Unite contro il finanziamento del terrorismo del 1999, la Convenzione di New York per la soppressione di atti di terrorismo nucleare del 2005, le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite, ai sensi del Capitolo VII della Carta, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 2005, il relativo Protocollo addizionale adottato nel 2015 e le Raccomandazioni elaborate dal *Financial Action Task Force* (FATF). In ambito europeo si segnalano le Decisioni quadro 2002/475/GAI, 2008/919/GAI e la Direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI.

⁶ Il fine principale del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite è il raggiungimento della pace e della sicurezza internazionale, esso agisce in nome degli Stati membri per il perseguimento di tale funzione (art. 24 della Carta). Il Consiglio adotta le sue risoluzioni ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, esse sono giuridicamente vincolanti per gli Stati membri, i quali si impegnano a darvi esecuzione in forza degli artt. 25 e 48 della Carta, oltre che, in virtù dell'art. 103, a far prevalere gli obblighi derivanti dalla Carta su qualsiasi altro obbligo da essi assunto in base ad accordi internazionali. Per un inquadramento generale, cfr. B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2015, 205 e ss. La risoluzione più rilevante in materia è la n. 1267/1999 con cui il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha predisposto per la prima volta una serie di misure per il contrasto del terrorismo internazionale, rivolta inizialmente all'organizzazione di Al-Qaeda e ai Talebani, poi estesa, con la risoluzione 1333/2000, a tutti i soggetti, persone fisiche ed enti, in qualsiasi modo collegati alle reti terroristiche. Per una disamina delle singole risoluzioni si veda www.un.org. Sulle competenze dell'ONU in materia di terrorismo cfr. M. Sossai, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, 2012.

minaccia per la collettività⁷. Nell'ambito di queste ultime si annoverano le cd. *smart* o *targeted sanctions* (c.d. sanzioni intelligenti o mirate)⁸. Si tratta di misure economiche e restrittive della libertà di circolazione disposte nei confronti di persone fisiche o giuridiche che rappresentano a diverso titolo una minaccia per la sicurezza internazionale, i cui nominativi sono inseriti in apposite liste denominate *black lists* redatte e gestite da appositi Comitati per le sanzioni istituiti presso il Consiglio di Sicurezza dell'ONU e composti dai membri del Consiglio stesso⁹.

Con specifico riferimento al settore del terrorismo è stato istituito dapprima il Comitato per le sanzioni contro Al-Qaeda e i Talebani con la risoluzione n. 1267/1999, poi un Comitato per le sanzioni contro il terrorismo in generale con la risoluzione n. 1373/2001. Entrambi i comitati, sulla base di informazioni che raccolgono presso gli Stati membri attraverso le ri-

⁷ Gli Stati membri dell'ONU così come l'Unione Europea (L'UE in quanto organizzazione regionale non ha gli stessi diritti che la Carta delle Nazioni Unite riconosce agli Stati membri, ma può esercitare alcune facoltà, tra cui partecipare ed intervenire presso l'Assemblea generale dell'ONU) stanno procedendo, chi più, chi meno, a modificare i rispettivi quadri giuridici in conformità alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Il minimo comune denominatore di tali interventi si individua nell'approccio emergenziale di lotta che contraddistingue il contrasto al terrorismo rispetto ad altri fenomeni criminosi. Vd. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, 55 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 655 ss.; ID., *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra "diritto penale del nemico" e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinati*, 2007, 329 ss. Da ultimo, in risposta all'escalation degli attentati terroristici che in questi ultimi anni hanno colpito il vecchio continente, si è proceduto con il recepimento degli obblighi di criminalizzazione volti a prevenire il dilagante fenomeno dei cd. lupi solitari, così come quello dei combattenti stranieri. In seno all'Unione Europea con l'emanazione della direttiva 2017/541/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI, consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu. In ambito nazionale il legislatore è più volte intervenuto, come a seguito degli attentati alla redazione della rivista satirica Charlie Ebdò, con il decreto legge, 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, inasprendo il trattamento sanzionatorio delle fattispecie già previste nel codice penale, estendendo la punibilità dei delitti di arruolamento e di addestramento con finalità di terrorismo anche ai soggetti arruolati e addestrati, introducendo l'art. 270-*quater*.1 c.p. il quale punisce le condotte di chi organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero per finalità di terrorismo. Al potenziamento della normativa volta a punire le condotte cc.dd. di supporto al reato di associazione con finalità di terrorismo, ex art. 270-*bis* c.p. e ai reati fine, si aggiungono: l'inserimento della circostanza aggravante dell'utilizzo di sistemi informatici e telematici in riferimento alle fattispecie di istigazione e apologia dei delitti di terrorismo, stante l'uso massiccio della rete da parte dei terroristi per finalità di propaganda; l'introduzione di due fattispecie contravvenzionali in materia di controllo dei c.d. precursori di esplosivi; la previsione della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale allorché, in uno dei delitti puniti dagli artt. 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quater*.1, 270-*quinquies* c.p. sia coinvolto un minore. Al riguardo Cfr. A. BALSAMO, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2015, 3; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 926 ss.; ID., *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?*, in *Criminalia*, 2015, 485 ss. Di recente, il legislatore è nuovamente intervenuto con la legge 28 luglio 2016, n. 153, introducendo i delitti di: finanziamento di condotte con finalità di terrorismo ex art. 270-*quinquies*.1 c.p.; sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro di cui all'art. 270-*quinquies*.2 c.p.; atti di terrorismo nucleare all'art. 280-*ter* c.p. All'art. 270-*septies* c.p. è stata altresì introdotta la confisca obbligatoria nelle fattispecie diretta e per equivalente per tutti i reati commessi con finalità di terrorismo. Alle modifiche citate si affiancano, sul versante delle misure preventive, gli interventi al d.lgs. n. 159 del 2011 (cd. Codice Antimafia), mediante l'estensione, in forza del novellato art. 4, delle misure di prevenzione personale e patrimoniale a chi compia atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegua essa stessa attività terroristica. In caso di necessità e urgenza, al fine di impedire l'espatrio del proposto, è previsto altresì il ritiro temporaneo del passaporto da parte del questore. Quest'ultimo, inoltre, ai sensi del novellato art. 13, co. 2, lett. c) del t.u. in materia di immigrazione, può ora disporre l'espulsione dello straniero non UE, in tutti i casi in cui non sia possibile applicare una misura di prevenzione. Sul versante processuale tra le più rilevanti modifiche si segnala la concentrazione delle indagini nella procura nazionale antimafia. Alle disposizioni indicate si affiancano quelle contenute nel d.lgs. n. 231 del 2001 in materia di responsabilità da reato degli enti, il cui art. 25-*quater* annovera i delitti con finalità di terrorismo tra i reati presupposto, e nei d. lgs. nn. 109 e 231 del 2007 i quali prevedono misure amministrative *ad hoc* per il contrasto del finanziamento del terrorismo. Il quadro delineato si caratterizza per una commistione di misure repressive a vocazione fortemente preventiva e misure preventive a vocazione fortemente repressiva. Cfr. F. FASANI, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, 1555 ss.

⁸ Vengono così definite in quanto sono mirate a singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, anziché nei confronti degli Stati come di consueto avviene in ambito internazionale. Ciò al fine di ovviare ai pesanti e notevoli effetti che si ripercuotono indiscriminatamente sulla popolazione e sull'economia di un paese a seguito della disposizione di sanzioni economico/finanziarie nei confronti di singoli Stati (si pensi per esempio all'embargo). Per un inquadramento generale cfr. F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni individuali del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, cit., 200 ss.

⁹ Con la risoluzione n. 820/1993, concernente il gruppo dei Serbo-Croati di Bosnia-Erzegovina, il Consiglio di sicurezza ha inaugurato una serie di sanzioni irrogabili direttamente nei confronti di individui. Ad essa, fino ad oggi, hanno fatto seguito plurime risoluzioni, tra le quali si annoverano a titolo esemplificativo: la risoluzione n. 864/1993, contro il gruppo di ribelli in Angola (UNITA); le risoluzioni nn. 1132/1997 e 1171/1998 riguardanti la giunta militare instauratasi in Sierra Leone; la risoluzione n. 1267/1999 nei confronti dei Talebani; la risoluzione n. 1483/2003 riguardante Saddam Hussein e gli alti funzionari del regime iracheno; la risoluzione n. 1493/2003 relativa ai gruppi armati operanti sul territorio della Repubblica Democratica del Congo; la risoluzione n. 1718/2006 riguardante i soggetti coinvolti nel programma nucleare della Corea del Nord; la risoluzione n. 1737/2006 riguardante i soggetti coinvolti nel programma nucleare iraniano; la risoluzione n. 2134/2014 sulla situazione nella Repubblica Centrafricana; la risoluzione n. 2199/2015 nei confronti di Daesh. L'elenco completo e aggiornato delle risoluzioni e dei Comitati per le sanzioni con esse istituiti può essere reperito all'indirizzo www.un.org/sc/committees.

spettive autorità competenti ad inoltrare le richieste di inserimento¹⁰, redigono e gestiscono apposite liste contenenti i nominativi di persone, gruppi ed entità sospettati di coinvolgimento in atti terroristici. Dall'inserimento del nominativo nella lista consegue l'applicazione di una serie di misure restrittive, tra le quali il congelamento di capitali, il travel ban, l'embargo.

Il sistema del *blacklisting* e delle *smart sanctions* poggia su meccanismi alquanto discutibili.

Si pensi che inizialmente era posto divieto al soggetto inserito nella lista di conoscere le ragioni sottese al suo inserimento, così come di impugnare l'atto di inserimento e di richiedere la cancellazione. Tale sistema, per evidenti ragioni, è stato più volte censurato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e nel corso degli anni il Consiglio di Sicurezza ne ha "ri"visto il meccanismo prevedendo che le richieste di inserimento nelle liste, avanzate dagli organi nazionali competenti, siano corredate da una relazione contenente le ragioni sottese all'inserimento, anche se non appare ancora del tutto chiaro quale sia lo standard di indizi richiesto a livello internazionale per suffragare un'istanza di inserimento. Si consideri infatti che l'iscrizione nella lista non è subordinata alla sussistenza di una sentenza di condanna in cui si attesti il coinvolgimento in atti terroristici della persona fisica o giuridica, essendo sufficiente anche un provvedimento amministrativo o la raccolta di informazioni provenienti dai servizi di *intelligence*¹¹.

Con le risoluzioni nn. 1730/2006 e 1904/2009 che hanno rispettivamente istituito il c.d. *Focal Point* e l'Ufficio del Mediatore (*Ombudsperson*) è stata introdotta e regolamentata la procedura di cancellazione dalle liste¹². L'inserimento nelle liste, così come il mantenimento nelle stesse sono dunque decretati all'esito di una procedura intergovernativa in seno ai rispettivi Comitati per le sanzioni. Se i Comitati gestiscono le liste, gli Stati membri dispongono le misure antiterrorismo.

Le procedure di applicazione delle *smart sanctions* presentano molteplici criticità. In primo luogo risultano poco rispettose dei diritti fondamentali, in particolare dei diritti processuali, considerato che i destinatari delle sanzioni hanno un potere di intervento minimo, in alcuni frangenti completamente azzerato. A testimonianza vi sono numerosi casi in cui è stata negata una tutela giurisdizionale mediante la (im)possibilità di ricorrere ad un equo processo¹³. Ditalché sorprende che una organizzazione deputata al perseguimento della pace e della sicurezza internazionale possa aver elaborato un tale sistema di misure preventive. Nondimeno problematica è la totale assenza di un controllo giurisdizionale esercitabile sugli atti del Consiglio di sicurezza e dei suoi organi sussidiari, quali sono i Comitati per le sanzioni. Appare peraltro discutibile che un organo prettamente politico e mancante di una effettiva democraticità, possa godere di una legittimazione ad operare in tal senso¹⁴.

¹⁰ Per l'Italia l'ente deputato ad inoltrare la richiesta di inserimento nella lista è il Ministero degli Affari Esteri sulla base di quanto formulato dal Comitato di sicurezza finanziaria. Tale Comitato è stato istituito con la legge 14 dicembre 2001, n. 431 rubricata: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 ottobre 2001, n. 369, recante misure urgenti per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale". Esso è istituito presso il Ministero dell'Economia e delle finanze ed è incaricato di prevenire l'utilizzo del sistema finanziario italiano da parte di organizzazioni terroristiche. Cfr. le *Linee guida sulle procedure di congelamento previste dalle Nazioni Unite e dall'Unione Europea per contrastare il terrorismo e l'attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale* redatte dal Comitato di sicurezza finanziaria nel marzo 2010, consultabili all'indirizzo www.dt.mef.gov.it

¹¹ L.G. BRUNO, *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento dei beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 99 ss.

¹² Originariamente per avanzare la richiesta di *delisting* era necessaria l'intercessione dello Stato di nazionalità del soggetto interessato, il quale, in via prettamente diplomatica, era tenuto ad esortare lo Stato che aveva richiesto al Comitato per le sanzioni l'inserimento nella lista, affinché questo richiedesse al Comitato la cancellazione. Tale facoltà è stata poi riconosciuta direttamente in capo all'interessato. Nel 2011 con le risoluzioni nn. 1988 e 1989 si è proceduto al rafforzamento delle garanzie procedurali, aumentando la trasparenza dei procedimenti di *listing* e *delisting*, e altresì potenziando le funzioni dell'*Ombudsperson*. Cfr. A. CIAMPI, *Un Ombudsperson per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 106 e ss.; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo*, cit., 228 e ss.

¹³ Sulla conformità ai diritti umani del sistema del *blacklisting*: M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei Comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 657 ss.; A. CIAMPI, *Le sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni 'individuali' del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, cit.; B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process: The responsibility of the UN Security Council to Ensure that Fair and Clear Procedures Are Made Available to Individuals and Entities Targeted with Sanctions Under Chapter VII of the UN Charter*, 2006, consultabile all'indirizzo www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf. Inoltre vd. infra, par. 4 e 5.

¹⁴ Cfr. F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, cit., 930; J. A. FROWEIN, voce *United Nations (UN)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (www.mpepil.com), 2013.

2.1.

Il sistema del Blacklisting a livello europeo.

In Europa al recepimento progressivo delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non provvedono soltanto i singoli Stati membri delle Nazioni Unite, ma anche l'Unione europea e prima di essa la Comunità europea¹⁵.

Il Consiglio dell'UE nell'ambito delle attività in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC) recepisce le risoluzioni mediante l'adozione di posizioni comuni e di regolamenti attuativi, provvedendo anche alla formazione di proprie liste, in aggiunta a quelle gestite dai Comitati per le sanzioni incardinati presso il Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Parimenti a quanto avviene nel sistema del *blacklisting* congegnato dalle Nazioni Unite, anche in ambito europeo sussistono liste diverse. In aggiunta a quelle redatte nell'ambito della strategia di contrasto al terrorismo, vi sono le liste finalizzate a contrastare le attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale¹⁶.

Nell'ambito della prevenzione del terrorismo rilevano, tra i tanti: la posizione comune 2001/930/PESC¹⁷ istitutiva di un elenco di persone, gruppi ed entità coinvolti in atti terroristici¹⁸, cui applicare la misura del congelamento di capitali e delle altre risorse finanziarie; il relativo regolamento attuativo 2001/2580/CE¹⁹; la posizione comune 2002/402/PESC²⁰ concernente misure restrittive nei confronti di Osama Bin Laden, dei membri dell'Organizzazione Al-Qaeda, dei Talebani e di altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associati; il relativo regolamento attuativo 2002/881/CE²¹.

Negli elenchi rientrano anche i nominativi di persone, gruppi ed entità iscritti nelle liste gestite dai Comitati per le sanzioni. Il sistema delineato dalla posizione comune 2001/931/CE viene definito a due livelli, in quanto, al fine di assicurare l'efficacia della lotta al terrorismo, in mancanza di poteri di indagine in capo al Consiglio, spetta agli Stati membri raccogliere e trasmettere regolarmente a quest'ultimo le decisioni delle autorità competenti²² adottate in seno a detti Stati membri, da cui emerge il coinvolgimento di persone fisiche o giuridiche in atti terroristici.

La normativa europea sul *listing* e sulle sanzioni individuali, integrata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, risulta più dettagliata e garantista di quella contenuta nelle

¹⁵ Sulle problematiche relative all'attuazione delle risoluzioni ONU da parte dei singoli Stati membri e dell'UE cfr. V. SCARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni*, cit., 175 ss.

¹⁶ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo*, cit., 207 ss.

¹⁷ Posizione comune 931/2001/PESC del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu

¹⁸ Ai fini della presente posizione comune per «persone, gruppi ed entità coinvolti in atti terroristici» si intendono: persone che compiono, o tentano di compiere, atti terroristici o vi prendono parte o li agevolano; gruppi ed entità posseduti o controllati direttamente o indirettamente da tali persone; e persone, gruppi ed entità che agiscono a nome o sotto la guida di tali persone, gruppi ed entità, inclusi i capitali provenienti o generati da beni posseduti o controllati direttamente o indirettamente da tali persone o da persone, gruppi ed entità ad esse associate. Per «atto terroristico» si intende uno degli atti intenzionali di seguito indicati, che, per la sua natura o contesto possa recare grave danno a un paese o un'organizzazione internazionale, definito reato in base al diritto nazionale, quando è commesso al fine di: i) intimidire seriamente la popolazione; o ii) costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; o iii) destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o un'organizzazione internazionale: a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona e cattura di ostaggi; d) distruzioni massicce di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private, che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche o chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; g) diffusione di sostanze pericolose, cagionamento di incendi, inondazioni o esplosioni il cui effetto metta in pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; i) minaccia di mettere in atto uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h); j) direzione di un gruppo terroristico; k) partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, anche fornendo informazioni o mezzi materiali o finanziandone in qualsiasi forma le attività, nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose del gruppo.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 2580/2001 del Consiglio del 27 dicembre 2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo; consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu

²⁰ Posizione comune 2002/402/PESC del Consiglio, del 27 maggio 2002, concernente misure restrittive nei confronti di Osama Bin Laden, dei membri dell'Organizzazione Al-Qaeda e dei Talebani e di altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associati; consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu

²¹ Regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio, del 27 maggio 2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani e abroga il regolamento (CE) n. 467/2001 che vieta l'esportazione di talune merci e servizi in Afghanistan, inasprisce il divieto dei voli e estende il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie nei confronti dei Talebani dell'Afghanistan; consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu

²² Ai fini della posizione comune per «autorità competente» s'intende: un'autorità giudiziaria o, se le autorità giudiziarie non hanno competenza nel settore di cui al presente paragrafo, un'equivalente autorità competente nel settore.

risoluzioni, nella misura in cui, per esempio, precisa che: l'iscrizione iniziale nell'elenco debba fondarsi su informazioni precise o su elementi appresi dal fascicolo da cui risulti che un'autorità competente abbia preso una decisione²³ nei confronti delle persone, gruppi ed entità interessati; i destinatari debbano essere informati della possibilità di presentare una richiesta volta ad ottenere la motivazione adotta dal Consiglio ai fini del loro inserimento nell'elenco, laddove la motivazione non fosse loro già stata comunicata.

I nominativi presenti nell'elenco devono essere riesaminati regolarmente dal Consiglio almeno una volta per semestre onde accertarsi che il loro mantenimento sia giustificato, anche a fronte delle osservazioni presentategli dai soggetti interessati.

3. Il congelamento di fondi e risorse economiche.

Il termine congelamento (*asset freezing*) viene ampiamente utilizzato nel panorama internazionale ed europeo per indicare provvedimenti aventi effetti analoghi al nostro sequestro, se non addirittura assimilabili alla confisca laddove si consideri che la loro applicazione può protrarsi anche per lassi temporali ultradecennali, decretando di fatto una vera e propria "espropriazione" di capitali. A seconda dei contesti e degli ordinamenti in cui viene disposto, può assumere la natura di provvedimento amministrativo, penale o civile. In questa sede ci soffermiamo esclusivamente sulla sanzione del congelamento quale misura antiterrorismo incardinata nel sistema delle sanzioni individuali preventive ideato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite²⁴. La risoluzione n. 1267/1999, senza darne una definizione, prevede la misura del congelamento di capitali nei confronti dei talebani e di persone ritenute collegate alla rete terroristica Al-Qaeda²⁵. La risoluzione n. 1373/2001, estendendo il congelamento in via generale a tutti i soggetti sospettati di appartenere o sostenere organizzazioni terroristiche, sancisce che tutti gli Stati devono prevenire e reprimere il finanziamento di atti di terrorismo e congelare senza indugio fondi e altri beni finanziari o risorse economiche di persone che commettono, o tentano di commettere, atti terroristici o partecipano a o facilitano la realizzazione di atti terroristici; di entità di proprietà di o controllate direttamente o indirettamente da tali persone; e da persone ed entità che agiscono a nome di, o agli ordini di tali persone ed entità, compresi i fondi derivati o generati dai beni immobiliari di proprietà di o controllati direttamente o indirettamente da tali persone ed entità a loro collegate²⁶. I destinatari della misura sono persone fisiche e giuridiche. L'obbligo di provvedere alla disposizione del congelamento è dunque posto in capo agli Stati membri, mentre i Comitati per le sanzioni si occupano della gestione delle liste.

Una disciplina più compiuta si rinviene a livello europeo e nazionale.

Nell'ambito europeo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia l'art. 75 TFUE (ex. art. 60

²³ La decisione in questione deve essere, ai sensi della posizione comune 2001/931, un'«apertura di indagini o di azioni penali (...) o (...) una condanna», non deve necessariamente essere la decisione nazionale di riesame periodico dell'iscrizione della persona o del gruppo interessato nell'elenco nazionale di congelamento dei capitali.

²⁴ A. BALSAMO, *La prevenzione ante-delicatum*, in AA. Vv., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006; L.G. BRUNO, *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento dei beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, cit., 99 ss.; A. MANGIARACINA, *Il "congelamento dei beni" e la confisca come misure di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo*, in AA. Vv. *La Giustizia patrimoniale penale*, Torino, 990 e ss. Si rammenta che nel sistema delle sanzioni individuali delineato dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU la misura del congelamento trova applicazione non soltanto nell'ambito del contrasto del terrorismo, ma anche nel più ampio contesto del contrasto delle attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza nazionale a vario titolo (vd. nota 8). La medesima cosa si riscontra a livello europeo, quale conseguenza degli obblighi scaturenti dalle risoluzioni. A titolo esemplificativo si indica la posizione comune 2014/145/PESC, che dispone restrizioni ai viaggi e il congelamento dei fondi e delle risorse economiche di determinate persone responsabili di azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, comprese le azioni sul futuro statuto di qualsiasi parte del territorio contrarie alla Costituzione ucraina, nonché delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi ad esse associati.

²⁵ *Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations (...) all States shall: Freeze funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban, as designated by the Committee established by paragraph 6 below, and ensure that neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals or by any persons within their territory, to or for the benefit of the Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban, except as may be authorized by the Committee on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian needs*. Security Council Resolution n. 1267/1999 consultabile al sito www.un.org

²⁶ *Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations (...) all States shall: (...) c) freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities*. Security Council Resolution n. 1373/2001 consultabile al sito www.un.org

TCE), dispone che per la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio, mediante regolamenti deliberati secondo la procedura legislativa ordinaria, definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali. L'art. 1, § 2, del regolamento n. 2580/2001²⁷ definisce il congelamento di capitali, altre attività finanziarie e risorse economiche come il «*divieto di spostare, trasferire, alterare, utilizzare o trattare i capitali in modo da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura e la destinazione o da introdurre altri cambiamenti tali da consentire l'uso dei capitali in questione, compresa la gestione di portafoglio*».

A livello nazionale la fonte di riferimento si individua nel d.lsg. 22 giugno 2007, n. 109²⁸. L'art. 1 definisce il congelamento di fondi²⁹ come: «*il divieto, in virtù dei regolamenti comunitari e dei decreti ministeriali di cui all'articolo 4, di movimentazione, trasferimento, modifica, utilizzo o gestione dei fondi o di accesso ad essi, così da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura, la destinazione o qualsiasi altro cambiamento che consente l'uso dei fondi, compresa la gestione di portafoglio*»; il congelamento di risorse economiche³⁰ come: «*il divieto, in virtù dei regolamenti comunitari e dei decreti ministeriali di cui all'articolo 4, di trasferimento, disposizione o, al fine di ottenere in qualsiasi modo fondi, beni o servizi, utilizzo delle risorse economiche, compresi, a titolo meramente esemplificativo, la vendita, la locazione, l'affitto o la costituzione di diritti reali di garanzia*». In aggiunta è fatto divieto di mettere direttamente o indirettamente fondi o risorse economiche a disposizione dei soggetti designati o stanziarli a loro vantaggio. E' prevista la sanzione della nullità per gli atti posti in essere in violazione delle disposizioni appena citate.

Ai sensi dell'art. 4 il provvedimento di congelamento è adottato con decreto dal Ministro dell'economia e delle finanze, il quale decide di concerto con il Ministro degli affari esteri su proposta del Comitato di sicurezza finanziaria.

Il congelamento non pregiudica gli effetti dei sequestri o delle confische disposti nel corso di procedimenti penali aventi ad oggetto i medesimi fondi o le stesse risorse economiche.

Quando, sulla base delle informazioni acquisite ai sensi dei precedenti commi, sussistono sufficienti elementi per formulare alle competenti autorità internazionali, sia delle Nazioni Unite che dell'Unione Europea, proposte di designazione e sussiste il rischio che i fondi o le risorse economiche da sottoporre a congelamento possano essere, nel frattempo, dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di attività terroristiche, il presidente del Comitato ne fa segnalazione al procuratore della Repubblica distrettuale, titolare della proposta di misura di prevenzione patrimoniale, il quale potrà ricorrere alle misure del sequestro e della confisca di prevenzione. Aspetto quest'ultimo, su cui si tornerà nel proseguio.

4. *Smart Sanctions* antiterrorismo e diritti fondamentali: la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le *smart o targeted sanctions* pongono il problema del contemperamento tra l'esigenza di garantire la sicurezza internazionale e il rispetto dei diritti fondamentali. Come si è detto, l'esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU coinvolge più ordinamenti, ognuno dei quali vanta un diverso grado di protezione dei diritti dell'uomo. Considerata l'ina-

²⁷ Regolamento (CE) del Consiglio n. 2580/2001, del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo.

²⁸ D.lgs. 22 giugno 2007, n. 109 rubricato «*Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE*».

²⁹ La stessa disposizione indica con il termine "fondi": «*le attività ed utilità finanziarie di qualsiasi natura, compresi a titolo meramente esemplificativo: 1) i contanti, gli assegni, i crediti pecuniari, le cambiali, gli ordini di pagamento e altri strumenti di pagamento; 2) i depositi presso enti finanziari o altri soggetti, i saldi sui conti, i crediti e le obbligazioni di qualsiasi natura; 3) i titoli negoziabili a livello pubblico e privato nonché gli strumenti finanziari come definiti nell'articolo 1, comma 2, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; 4) gli interessi, i dividendi o altri redditi ed incrementi di valore generati dalle attività; 5) il credito, il diritto di compensazione, le garanzie di qualsiasi tipo, le cauzioni e gli altri impegni finanziari; 6) le lettere di credito, le polizze di carico e gli altri titoli rappresentativi di merci; 7) i documenti da cui risulti una partecipazione in fondi o risorse finanziarie; 8) tutti gli altri strumenti di finanziamento delle esportazioni*».

³⁰ Con la locuzione "risorse economiche" si intendono invece: «*le attività di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, ivi compresi gli accessori, le pertinenze e i frutti, che non sono fondi ma che possono essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi*».

deguatezza degli strumenti di tutela predisposti a livello delle Nazioni Unite, stante l'assenza di un'apposita giurisdizione deputata a sindacare le risoluzioni del Consiglio, la questione relativa alla compatibilità delle *targeted sanctions* con i diritti umani è approdata dinanzi ai giudici interni ed europei. In particolare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha assunto un ruolo di primo piano nell'elaborazione di uno statuto garantistico applicabile alle sanzioni individuali, sebbene ancora non pienamente soddisfacente. Il riferimento è alle celebri pronunce *Kadi I* e *Kadi II* il cui impatto è stato dirompente al punto da indurre lo stesso Consiglio di Sicurezza ad apportare dei correttivi al meccanismo del *blacklisting*.

Con la sentenza *Kadi I*³¹ la Corte di Giustizia ha disconosciuto l'immunità giurisdizionale dei regolamenti comunitari attuativi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, ritenuta erroneamente derivante dall'insindacabilità del diritto internazionale delle Nazioni Unite. La Corte ha affermato che «una simile immunità giurisdizionale di un atto comunitario (...) come corollario del principio di prevalenza sul piano del diritto internazionale degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (...) non trova alcun fondamento nell'ambito del Trattato CE», giacché «tale prevalenza sul piano del diritto comunitario non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali»³². Utilizzando i diritti fondamentali quali controlimiti, la Corte ha puntualizzato i rapporti tra il diritto internazionale delle risoluzioni dell'ONU e il diritto dell'Unione europea, affermando che la primazia funzionale del primo sul secondo opera a condizione che il "diritto globale" rispetti i principi "costituzionali" comunitari. Tale decisione ha così fornito un importante contributo per stabilire il rapporto sussistente tra i diversi ordinamenti giuridici, non inquadrabile in un sistema basato sul modello gerarchico³³. Ad avviso della Corte il provvedimento europeo attuativo della risoluzione non ha carattere vincolato, bensì discrezionale, almeno per ciò che attiene alla scelta dei modi di esecuzione, la quale dovrà avvenire nel rispetto dell'ordinamento giuridico interno.

Su tale principio si è poi conformata la successiva giurisprudenza europea³⁴, ribadendo la necessità di garantire un controllo giurisdizionale di legittimità dei regolamenti attuativi delle risoluzioni ONU.

Con la pronuncia *Kadi II*³⁵, la Corte di Giustizia ha esteso il sindacato giurisdizionale anche agli elementi informativi e probatori attinenti ai motivi su cui si fondano le misure restrittive. Ad avviso del giudice europeo la rilevanza delle libertà individuali in gioco impone un sindacato rigoroso non solo sul piano procedimentale, ma anche su quello sostanziale. Al fine di garantire il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, la Corte ha statuito che il giudice debba verificare che la decisione impugnata «si fondi su una base di fatto sufficientemente solida [...] ciò comporta una verifica dei fatti addotti nell'esposizione dei motivi sottesa a tale decisione, cosicché il controllo giurisdizionale non si limiti alla valutazione dell'astratta verosimiglianza dei motivi dedotti, ma consista invece nell'accertare se questi motivi (...) siano fondati»³⁶. In particolare, «il giudice dell'Unione deve

³¹ Corte di Giustizia, sentenza del 3 settembre 2008, *P. Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 e C-415/05. Il 17 ottobre 2001 il Comitato per le sanzioni inserisce il nominativo del signor Kadi nella *black list* internazionale delle persone sospettate di avere rapporti con la rete Al-Qaeda. L'Unione europea inserisce, a sua volta, il nominativo nella sua lista e di conseguenza le amministrazioni degli Stati membri danno immediata applicazione alla misura del congelamento di capitali, è il 20 ottobre 2001. Il sig. Kadi propone impugnazione essendogli stato negato il diritto di conoscere gli elementi a suo carico e di difendersi in giudizio. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 1075 ss.; S. CASSESE, *Ordine comunitario e ordine globale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, X, 1088 ss.; V. SCIARABBA, O. POLLICINO, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, I, 159 ss.; G.F. FERRARI, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, *ibidem*, 187-192.

³² Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2008, *P. Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 e C-415/05, punti 300 e 308.

³³ A. BALSAMO - DE AMICIS, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, 402 ss.; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 81 ss.

³⁴ Tribunale di primo grado, 11 giugno 2009, *Othman c. Consiglio e Commissione*, causa T-318/01; Corte di giustizia dell'Unione Europea, 3 dicembre 2009, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione, e Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea*, procedimenti riuniti C-399/06 P e C-403/06 P.

³⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 luglio 2013, *Commissione, Consiglio, Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P. Il signor Kadi ha riacquisito la disponibilità dei suoi capitali dopo ben undici anni, durante i quali i sospetti relativi ai suoi rapporti con Al-Qaeda non sono mai stati provati in giudizio. A dispetto delle indagini penali promosse a suo carico in Svizzera, Turchia e Albania, non è mai stato rinviato a giudizio, in quanto le risultanze investigative avrebbero dimostrato che non vi era alcuna ragione di avviare procedimenti penali a suo carico. Cfr. M. SAVINO, *Kadi II, ultimo atto: un modello globale per la prevenzione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 1052 ss.

³⁶ Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 luglio 2013, *Commissione, Consiglio, Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, punto 119.

verificare l'esattezza materiale dei fatti dedotti in giudizio (...) e valutare l'efficacia probatoria di questi ultimi in funzione delle circostanze del caso e alla luce delle eventuali osservazioni presentate in proposito, in particolare, dalla persona interessata»³⁷.

5. Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU e Cedu: la posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Le sanzioni individuali antiterrorismo hanno interessato anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo più volte chiamata a pronunciarsi sulla conformità alla Cedu delle modalità attraverso le quali gli Stati parte della Convenzione hanno adempiuto agli obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Il tema riguarda il rapporto tra fonti del diritto e solleva due questioni, l'una riguardante l'ampiezza del sindacato esercitabile dalla Corte di Strasburgo sulle risoluzioni dell'ONU, l'altra concernente la responsabilità degli Stati membri che hanno agito in presenza di un conflitto di norme, qualora la lesione di uno dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu sia conseguenza dell'esecuzione di un obbligo sancito da una risoluzione³⁸. Si rammenta che l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite postula la prevalenza della Carta sulle altre convenzioni internazionali.

Su tali questioni la giurisprudenza della Corte di Strasburgo risulta ondivaga³⁹. Le pronunce relative ai casi *Nada* e *Al-Dulimi* appaiono significative per l'impostazione garantista accolta. Nel 2012 la Grande Camera nel caso *Nada c. Svizzera*⁴⁰, sulla scia delle precedenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, afferma che la natura vincolante delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite non dispensa i singoli Stati dal rispettare gli obblighi derivanti dalla Cedu. Nel caso di specie, riscontrata la lesione degli artt. 8 e 13 Cedu, la Corte condanna la Svizzera ritenendo sproporzionata la misura restrittiva irrogata, in quanto non necessaria ai fini della sicurezza nazionale e illegittima la condotta delle autorità elvetiche per non aver consentito al ricorrente di contestare in una sede giudiziaria l'inserimento del suo nominativo nella *black list*⁴¹.

³⁷ Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 18 luglio 2013, *Commissione, Consiglio, Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, punto 124.

³⁸ P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni 'individuali'*, cit., 45 ss.; P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, 193 ss.

³⁹ M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, www.osservatorio.aic.it.

⁴⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 settembre 2012, *Nada c. Svizzera*, ricorso n. 10593/08. Il ricorrente Youssef Nada, poiché sospettato di essere legato anche finanziariamente alla rete terroristica di Al-Qaeda ed Osama Bin Laden, era stato inserito in una *black list*. A seguito dell'inserimento del suo nominativo gli si vietava il transito e l'ingresso in Svizzera, impedendogli di muoversi da Campione, paese dove l'uomo risiedeva, confinandolo così per diversi anni nell'enclave di Campione d'Italia. Tale provvedimento restrittivo si collocava nell'ambito delle misure antiterrorismo che la Svizzera, membro dell'Onu, era tenuta ad attuare in ottemperanza alle diverse risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Il ricorrente adiva più volte le corti nazionali per richiedere l'eliminazione del proprio nominativo dalla lista, senza ottenere alcun risultato. Pertanto, una volta esaurite le vie di ricorso interno, decideva di ricorrere alla Corte EDU, lamentando la violazione degli artt. 5, 8 e 13 Cedu. Egli sosteneva che il divieto di entrare/transitare per la Svizzera violasse il suo diritto al rispetto della vita privata, vietandogli di recarsi dai propri medici curanti in Italia ed in Svizzera e dai propri amici e familiari. Inoltre, lamentava la violazione del diritto ad un ricorso effettivo in quanto non gli era stato permesso di difendersi in maniera adeguata. Egli, infatti, non era stato messo in condizione di ricorrere a rimedi giurisdizionali effettivi ed era stato privato dalle autorità svizzere della propria libertà personale, dal momento che queste non avevano proceduto ad effettuare alcun controllo sulla legittimità delle misure restrittive adottate.

⁴¹ La Corte EDU afferma che i principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite non comportano l'esclusione di un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali per il fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. La natura vincolante delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo non dispensa dunque gli Stati parte della Convenzione dal dovere di rispettare gli obblighi derivanti dalla stessa. Sulla base di questi rilievi la Corte all'unanimità, riconoscendo la violazione degli artt. 8 e 13, ha condannato la Svizzera a risarcire al ricorrente la somma di 30.000 euro. A. ANNONI, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora completo*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 140 ss.; M. PARODI, *La sentenza della Corte Europea dei diritti umani nel caso Nada c. Svizzera: ancora sul rapporto tra obblighi derivanti dalla Carta ONU e Convenzione EDU*, in www.forumcostituzionale.it; V. PUSATERI, *La Corte EDU su contrasto al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti fondamentali. Nota a Corte EDU, sent. 12 settembre 2012, ric. n. 10593/08, Nada c. Svizzera*, in *questa Rivista*, 28 febbraio 2013.

Nel caso *Al-Dulimi*⁴² la Corte applica la teoria della protezione equivalente⁴³ al diritto internazionale delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, riconoscendo l'inadeguatezza delle tutele offerte dal sistema delle sanzioni individuali elaborato dall'ONU e la responsabilità dello Stato che vi abbia dato esecuzione. Ad avviso della Corte la limitazione al diritto ad un equo processo ex art. 6, § 1, Cedu operate dalle autorità elvetiche al fine di dare esecuzione alle risoluzioni dell'ONU, non possono ritenersi proporzionate rispetto allo scopo perseguito del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Si badi bene, infatti, che i beni del ricorrente erano stati congelati sin dal 1990, per poi divenire nuovamente oggetto di un provvedimento di confisca nel 2006 senza che allo stesso fosse stato riconosciuto il diritto di contestare il merito di tali misure dinanzi ad una autorità giudiziaria! La condanna della Svizzera è stata successivamente ribadita dalla Grande Camera⁴⁴, la quale afferma che nonostante l'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite ne sancisca il primato, in caso di conflitto tra norme internazionali, rientrando la protezione dei diritti umani tra gli obiettivi delle Nazioni Unite, sussiste una presunzione per la quale il Consiglio di sicurezza non può imporre obblighi che possano violare i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu. Ditalché, i tribunali nazionali sono tenuti, allorché sia loro richiesto, a valutare l'arbitrarietà delle sanzioni individuali e la sussistenza dei pregiudizi denunciati, conciliando le esigenze di sicurezza alla base della risoluzione con la tutela dei diritti umani. Nel caso di specie, il Tribunale elvetico, nel rifiutarsi di esaminare se vi fosse stata una effettiva violazione delle garanzie procedurali, è incorso in una violazione della Convenzione, limitando il diritto di accesso alla giustizia.

6. Criticità della procedura di mantenimento dei nominativi nelle liste: i casi *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)* e *Hamas*.

Le vicende relative alle presunte organizzazioni terroristiche denominate *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)* e *Hamas* hanno entrambe ad oggetto la questione se la procedura di riesame, con cui il Consiglio dell'Unione Europea decide di mantenere i nominativi nelle liste, possa considerarsi rispettosa dei diritti fondamentali. La *vexata quaestio* non attiene al tema del sindacato indiretto sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU esperito attraverso i regolamenti europei, ma a come il Consiglio dell'UE debba valutare se un nominativo possa essere mantenuto nelle liste e su quali elementi possa fondare la propria decisione. Considerato che l'art. 1, § 6, della posizione comune 2001/931/PESC dispone esclusivamente che i nomi delle persone e dei gruppi inseriti negli elenchi devono essere costantemente rie-

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 novembre 2013, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, ricorso n. 5809/08. Khalaf Al-Dulimi, ritenuto il responsabile delle finanze dei servizi segreti iracheni durante il regime di Saddam Hussein, fu destinatario di un provvedimento di congelamento dei beni disposto da un'ordinanza del Consiglio federale Svizzero del 7 agosto 1990 con cui si era data esecuzione sul territorio elvetico alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 661 (1990) e n. 670 (1990), relative all'istituzione di un embargo generale sull'Iraq. Tale provvedimento veniva di fatto reiterato a seguito della risoluzione n. 1483 (2003), con cui il Consiglio di sicurezza obbligava gli Stati membri a confiscare i fondi finanziari e qualsiasi altra risorsa economica a soggetti appartenenti al governo iracheno e agli alti responsabili del regime trasferendoli al Fondo di sviluppo per l'Iraq. Il 26 aprile 2004, il Comitato delle sanzioni creato dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1518 (2003) iscriveva il signor Al-Dulimi e la società Montana Management (di cui Al-Dulimi era presidente) nella relativa *blacklist*. Conseguentemente le autorità elvetiche provvedevano alla confisca dei beni. I destinatari della misura proponevano ricorso avverso la stessa, lamentando la violazione del diritto di proprietà così come tutelato dalla Costituzione svizzera e dei diritti ad un equo processo e ad un ricorso effettivo, tutelati dall'ordinamento interno, dall'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nonché dagli articoli 6 e 13 della CEDU. Il Tribunale federale, nel respingere il ricorso, sosteneva che il provvedimento di confisca desse esecuzione alla risoluzione n. 1483 (2003) che, in virtù degli articoli 24, 25 e 48 della Carta delle Nazioni Unite, la Svizzera era obbligata ad eseguire. Cfr. M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 19 ss.

⁴³ La teoria della protezione equivalente è stata compiutamente elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Bosphorus* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda [GC]*, ricorso n. 45036/98) Secondo tale teoria, al fine di garantire un bilanciamento tra l'interesse alla cooperazione internazionale e l'effettività della Convenzione europea, l'azione dello Stato intrapresa in conformità agli obblighi derivanti dalla partecipazione ad un'organizzazione internazionale è sempre giustificata, nella misura in cui tale organizzazione protegga i diritti fondamentali, con riguardo sia alle garanzie sostanziali che processuali, in una maniera considerata almeno equivalente (ossia comparabile) a quella apprestata dalla Convenzione dei diritti dell'uomo. Qualora sia accertata l'equivalenza, lo Stato che abbia eseguito gli obblighi assunti nell'ambito dell'organizzazione cui partecipa senza alcun margine di discrezionalità, non può essere considerato responsabile nel caso in cui leda uno dei diritti fondamentali consacrati nella Cedu. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 762 ss.; L. CAPPUCIO, *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel caso Bosphorus*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 149 ss.

⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, decisione del 21 giugno 2016, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08.

saminati al fine di accertarsi che il loro mantenimento sia giustificato, in assenza di specifiche indicazioni vi è il rischio che le decisioni di riesame finiscano per essere rimesse alla totale discrezionalità e arbitrarietà del Consiglio.

Con riferimento ai casi di specie, sia *LTTE* che *Hamas* hanno impugnato i molteplici regolamenti con cui il Consiglio dell'UE ha rinnovato il loro mantenimento nelle liste e l'applicazione della misura del congelamento di capitali, richiedendone l'annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE per ritenuta violazione dei diritti fondamentali. Entrambe le organizzazioni censurano l'operato del Consiglio in quanto ritengono le decisioni di mantenimento non suffragate da sufficienti elementi e la relativa procedura di riesame viziata⁴⁵. Il Tribunale dell'Unione Europea, accogliendo i ricorsi presentati, ha annullato per motivazione insufficiente i regolamenti contestati nei limiti in cui inseriscono *LTTE* e *Hamas* nell'elenco di persone, gruppi o entità a cui, o a beneficio dei quali, è proibito fornire servizi finanziari⁴⁶. Ad avviso del giudice europeo il Consiglio, qualora si fondi su una decisione di un'autorità di uno Stato terzo per suffragare il mantenimento nell'elenco, deve verificare che la normativa pertinente di tale Stato assicuri una protezione dei diritti della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, equivalente a quella garantita a livello dell'Unione, dato che molti paesi terzi non sono vincolati dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riconoscere ad un'autorità di uno Stato terzo, in cui non è assicurata una tutela equivalente a quella assicurata dall'Unione, la qualità di autorità competente ai sensi della posizione comune 2001/931/PESC implica una disparità di trattamento fra le persone oggetto di misure di congelamento dei capitali, a seconda che le decisioni nazionali sottese a tali misure promanino da autorità di Stati terzi o da autorità di Stati membri⁴⁷. Il Tribunale osserva che

⁴⁵ Si precisa che il Consiglio ritiene *LTTE*, quale gruppo terroristico formatosi nel 1976 per combattere per uno Stato Tamil indipendente nel nord e nell'est dello Sri Lanka, autrice di un certo numero di atti terroristici, inclusi attacchi ed azioni intimidatorie ripetute su civili, attacchi frequenti contro obiettivi governativi, frantumazione dei processi politici, rapimenti e omicidi politici, sulla base di informazioni di dominio pubblico derivanti dalla stampa e da Internet e di alcune decisioni, tuttora in vigore, che le autorità britanniche e indiane avrebbero adottato nei confronti della ricorrente nel 1992, nel 2001, nel 2004, tra le quali una decisione del *Secretary of State for the Home Department* del 29 marzo 2001, che bandisce *LTTE* come organizzazione coinvolta nel terrorismo ai sensi dell'*UK Terrorism Act 2000* (§ 5 e 6 delle motivazioni dei regolamenti di esecuzione nn. da 83/2011 a 125/2014; § 6 e 7 delle motivazioni del regolamento di esecuzione n. 790/2014). Anche in riferimento ad *Hamas*, nello specifico al suo braccio armato delle Brigate Izzedin, il Consiglio basa le proprie motivazioni su informazioni di dominio pubblico derivanti dalla stampa e da Internet.

⁴⁶ Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 16 ottobre 2014, *LTTE c. Consiglio*, cause riunite T-208/11 e T-508/11; Tribunale dell'Unione Europea, sentenza del 17 dicembre 2014, *Hamas c. Consiglio*, causa T-400/10. Entrambe consultabili all'indirizzo www.curia.europa.eu. Il Tribunale, nella causa relativa a *LTTE*, dopo aver premesso che l'esistenza di un conflitto armato ai sensi del diritto internazionale umanitario non esclude l'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di terrorismo agli eventuali atti terroristici commessi in tale contesto (v. punti 56-58 della decisione), dispone l'annullamento, nei limiti in cui tali atti riguardano la *Liberation Tigers of Tamil Eelam*, dei regolamenti di esecuzione (UE) del Consiglio n. 83/2011, del 31 gennaio 2011; n. 687/2011, del 18 luglio 2011; n. 1375/2011, del 22 dicembre 2011; n. 542/2012, del 25 giugno 2012; n. 1169/2012, del 10 dicembre 2012; n. 714/2013, del 25 luglio 2013; n. 125/2014, del 10 febbraio 2014 e n. 790/2014, del 22 luglio 2014. Il Tribunale, nella causa relativa ad *Hamas*, annulla, nelle parti che si riferiscono a *Hamas* (incluso *Hamas-Izz al-Din al-Qassem*), le decisioni del Consiglio 2010/386/PESC, del 12 luglio 2010; 2011/70/PESC, del 31 gennaio 2011; 2011/430/PESC, del 18 luglio 2011 che aggiornano l'elenco delle persone, dei gruppi e delle entità a cui si applicano gli articoli 2, 3 e 4 della posizione comune 2001/931/PESC relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo; le decisioni 2011/872/PESC, del 22 dicembre 2011; 2012/333/PESC, del 25 giugno 2012; 2012/765/PESC, del 10 dicembre 2012; 2013/395/PESC, del 25 luglio 2013; 2014/72/PESC, del 10 febbraio 2014 e 2014/483/PESC, del 22 luglio 2014. Annulla altresì, nelle parti che si riferiscono a *Hamas* (incluso *Hamas-Izz al-Din al-Qassem*), i regolamenti di esecuzione del Consiglio (UE) n. 610/2010, del 12 luglio 2010; n. 83/2011, del 31 gennaio 2011; n. 687/2011, del 18 luglio 2011; n. 1375/2011, del 22 dicembre 2011; n. 542/2012, del 25 giugno 2012; n. 1169/2012, del 10 dicembre 2012; n. 714/2013, del 25 luglio 2013; n. 125/2014, del 10 febbraio 2014 e n. 790/2014 del Consiglio, del 22 luglio 2014.

⁴⁷ Non si può escludere che un'autorità di uno Stato terzo possa essere considerata autorità competente ai sensi della posizione comune 2001/931, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo. Incombe tuttavia al Consiglio verificare con cura, prima di fondarsi su una decisione di un'autorità di uno Stato terzo, che la normativa pertinente di tale Stato assicuri una protezione dei diritti della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva equivalente a quella garantita a livello dell'Unione. Inoltre, non possono sussistere elementi nel senso che lo Stato terzo viola nella prassi tale normativa (v. punti 135 e 139, Cause riunite T-208/11 e T-508/11). Anche se l'art. 1, § 4, II c., della posizione comune 2001/931, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, considera di preferenza le decisioni emesse dalle autorità giudiziarie, esso non esclude affatto le decisioni che promanano da autorità amministrative, allorché tali autorità, da un lato, siano effettivamente investite, nel diritto nazionale, della competenza ad adottare decisioni restrittive nei confronti di gruppi implicati nel terrorismo e, dall'altro, benché meramente amministrative, possano nondimeno essere considerate «equivalenti» alle autorità giudiziarie (v. punto 107, Cause riunite T-208/11 e T-508/11). La posizione comune 2001/931, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, non richiede che la decisione dell'autorità competente s'inserisca nell'ambito di un procedimento penale stricto sensu, pur essendo questa l'ipotesi più frequente. Nondimeno, alla luce degli obiettivi perseguiti dalla posizione comune 2001/931, nell'ambito dell'attuazione della risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 1373 (2001), il procedimento nazionale in questione deve avere ad oggetto la lotta al terrorismo in senso ampio. Inoltre, una decisione di «apertura di indagini o di azioni penali» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, per essere validamente invocata dal Consiglio, deve iscriversi nell'ambito di un procedimento nazionale avente ad oggetto direttamente e principalmente l'applicazione di una misura di tipo preventivo o repressivo, all'interessato, a titolo della lotta al terrorismo e in ragione della sua implicazione nello stesso (v. punti 113, 114 Cause riunite T-208/11 e T-508/11).

le motivazioni dei regolamenti impugnati non contengono alcun elemento che consenta di ritenere che il Consiglio avesse proceduto ad una tale accurata verifica, censurandolo altresì per aver attinto ad informazioni di dominio pubblico, carpite dalla stampa e da internet⁴⁸. Rileva inoltre la mancata indicazione di eventuali decisioni nazionali di riesame successive all'atto di iscrizione nell'elenco, evidenziando come il Consiglio si sia limitato a citare le decisioni nazionali ancora in vigore, assunte a fondamento dell'iniziale iscrizione, senza motivare perché possano giustificare il mantenimento nell'elenco⁴⁹.

Il Consiglio dell'UE ha poi impugnato le sentenze del Tribunale, con distinti ricorsi, lamentando la sussistenza di errori di diritto ed esortando la Corte di Giustizia a riconsiderare la struttura della procedura di riesame finalizzata al mantenimento delle misure restrittive antiterrorismo ed il ruolo degli Stati membri e dei paesi terzi in tale regime⁵⁰. L'Avvocato generale ha di recente reso le sue conclusioni allineandosi con quanto sostenuto dal Tribunale⁵¹. Egli afferma infatti che il Consiglio dell'UE, al fine di decidere in ordine al mantenimento di un soggetto in un elenco: i) non possa fondarsi su informazioni di dominio pubblico, ricavate da articoli di stampa e da Internet, ma debba invece far riferimento a decisioni di autorità competenti, altrimenti si aggirerebbe il sistema a due livelli introdotto dalla posizione comune; ii) nell'ipotesi in cui si basi su una decisione di un'autorità competente di uno Stato terzo, debba verificare che quello Stato accordi un livello di tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente a quello garantito dal diritto dell'Unione; iii) qualora non si sia basato su una nuova decisione di un'autorità competente, debba verificare che i fatti e le prove su cui la decisione iniziale o le decisioni precedenti dell'autorità competente erano fondate continuino a giustificare il mantenimento delle misure restrittive. Detto ciò non rimane che attendere che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncii.

7. Le fattispecie nazionali del sequestro e della confisca di prevenzione.

L'art. 16, lett. b), d.lgs. 6 novembre 2011, n. 159 (c.d. Codice Antimafia) annovera tra i destinatari delle misure di prevenzione: *«le persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o atti»*

⁴⁸ La posizione comune 2001/931 esige, ai fini della tutela delle persone interessate e considerata l'assenza di strumenti di indagine propri dell'Unione, che la base fattuale di una decisione dell'Unione di congelamento dei capitali in materia di terrorismo poggi non su elementi che il Consiglio abbia estrapolato dalla stampa o da Internet, bensì su elementi concretamente esaminati e valutati in decisioni di autorità nazionali competenti ai sensi della posizione comune 2001/931. Solo su una siffatta affidabile base fattuale il Consiglio può poi esercitare l'ampio potere discrezionale di cui dispone nell'ambito dell'adozione di decisioni di congelamento dei capitali a livello dell'Unione, in particolare per quanto attiene alle considerazioni di opportunità sulle quali tali decisioni sono fondate (v. punti 187, 188 Cause riunite T-208/11 e T-508/11; punti 110, 111 Causa T-400/10). Al riguardo si segnala che la giurisprudenza europea già in altre occasioni aveva disposto che il Consiglio dovesse basarsi su atti esaminati e confermati in decisioni di autorità competenti e non su di imputazioni fattuali derivanti da altre fonti. Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 novembre 2012, *Al-Aqsa c. Consiglio e Paesi Bassi c. Al-Aqsa*, cause riunite C-539/10 P e C-550/10 P.

⁴⁹ Se è vero che l'importante, nel corso di un riesame, è accertare se, dal momento dell'iscrizione della persona di cui trattasi nell'elenco di congelamento dei capitali o a partire dal riesame precedente, la situazione di fatto sia talmente mutata da non consentire più di trarre la medesima conclusione riguardo al coinvolgimento della persona in questione in attività terroristiche, talché il Consiglio può, se del caso e nell'ambito del suo ampio potere discrezionale, decidere di mantenere una persona nell'elenco di congelamento dei capitali se la situazione di fatto non è mutata, è vero pure che ogni nuovo atto terroristico che il Consiglio inserisca nelle sue motivazioni in occasione di tale riesame, al fine di giustificare il mantenimento dell'iscrizione della persona di cui trattasi nell'elenco di congelamento dei capitali, deve, nel sistema decisionale a due livelli istituito dalla posizione comune 2001/931, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, e a causa della mancanza di strumenti di indagine del Consiglio, essere stato oggetto di un esame e di una decisione di un'autorità competente ai sensi di tale posizione comune. L'obbligo del Consiglio di fondare le proprie decisioni di congelamento dei capitali in materia di terrorismo su una base fattuale tratta da decisioni di autorità competenti discende direttamente dal sistema a due livelli instaurato dalla posizione comune 2001/931. Tale obbligo non è pertanto condizionato dal comportamento della persona o del gruppo di cui trattasi. Il Consiglio è tenuto a indicare, in forza dell'obbligo di motivazione, il quale costituisce una forma sostanziale, nella motivazione delle sue decisioni di congelamento dei capitali, le decisioni di autorità nazionali competenti che abbiano concretamente esaminato e valutato i fatti di terrorismo che esso riprende come base fattuale delle sue proprie decisioni (v. punti 127, 129, 130 Causa T-400/10; v. punti 204 e 206 Cause riunite T-208/11 e T-508/11).

⁵⁰ I ricorsi presentati dal Consiglio dell'Unione Europea sono consultabili al sito www.curia.europa.eu

⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston del 22 settembre 2016, nelle cause C-599/14 P *Consiglio dell'Unione europea c. LTTE* e C-79/15 P *Consiglio dell'Unione europea c. Hamas*, consultabili nel sito www.curia.europa.eu. Cfr.: *L'avvocato generale Sharpston ritiene che la Corte debba annullare per vizi di procedura le misure che mantengono Hamas e le LTTE nell'elenco dell'Unione europea delle organizzazioni terroristiche*, comunicato stampa n. 108/16 consultabile all'indirizzo www.curia.europa.eu

vità terroristiche, anche internazionali». A differenza del congelamento, quale misura di globale diffusione, il sequestro e la confisca di prevenzione sono fattispecie tipicamente nazionali⁵². Si tratta, come noto, di misure di prevenzione *ante delictum* che in quanto tali non richiedono quale presupposto applicativo l'emanazione di una pronuncia di condanna⁵³. Esse hanno ad oggetto i beni di cui la persona, nei confronti della quale è instaurato il procedimento di prevenzione, non possa giustificare la legittima provenienza e risulti, anche per interposta persona fisica o giuridica, titolare o averne la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica; nonchè dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Sono pertanto misure reali non fondate sull'accertamento di un fatto di reato, ma bensì su circostanze che fanno presumere che i beni derivino da attività illecite. Introdotte con la l. 13 settembre 1982, n. 646 a seguito del periodo stragista per rafforzare il contrasto al crimine organizzato, oggi sono disciplinate dagli artt. 24 e ss. del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, la cui applicazione è stata progressivamente estesa anche ad altri fenomeni criminosi.

Nel panorama nazionale si è molto discusso della natura giuridica della confisca di prevenzione. Secondo giurisprudenza consolidata, salvo una isolata pronuncia, tale misura ablatoria perseguirebbe una finalità preventiva insita nella neutralizzazione della pericolosità della *res*. In virtù di tale comunanza di scopo con l'ipotesi generale di cui all'art. 240 c.p. e del comune presupposto della pericolosità sociale, il giudice di legittimità ritiene assimilabile la confisca preventiva a quella di sicurezza, applicandole, in caso di successioni di leggi penale nel tempo, l'art. 200 c.p.⁵⁴. In dottrina, già con riferimento alle misure personali *ante delictum*, si registravano posizioni critiche tese ad evidenziarne la controversa natura, a fronte di quell'accertamento di pericolosità sociale fondato su elementi indiziari e presuntivi, non di fatto rivolto ad effettuare una prognosi futura circa la potenziale commissione di attività criminose, ma bensì finalizzato a cercare tracce di una qualche attività illecita svolta nel passato, al fine strumentale di sanzionare il preposto per qualcosa che si sospettasse avesse già fatto⁵⁵. Da suo canto, la confisca di prevenzione incentrata sulla pericolosità della *res*, intesa come presunzione di origine illecita dei beni, lungi dal neutralizzare un pericolo futuro, appare caricarsi di finalità punitive. Più voci hanno evidenziato le molteplici tensioni esistenti tra questo strumento di contrasto alla criminalità del profitto e i principi del diritto penale, ancor più a seguito delle modifiche operate con il d.l. n. 92/2008 che ha sganciato l'applicazione della misura reale dal requisito della pericolosità sociale⁵⁶. Tale dibattito si è arricchito negli anni delle prospettive offerte dal concetto di materia penale elaborato dalla giurisprudenza dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dal ricorso a quei criteri, enunciati a partire dalla celebre sentenza *Engel*⁵⁷,

⁵² Si riscontrano fattispecie simili negli ordinamenti di *common law*, il riferimento è al *civil forfeiture* e al *civil recovery*. Cfr. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

⁵³ P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Indice penale*, 1974, 461 ss.; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 110 ss.; A. M. MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2015, 192 ss.; *Id.*, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008.

⁵⁴ Tale orientamento è stato da ultimo ribadito da Cass. Pen., Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880, ric. Spinelli, le quali hanno affermato che: «*deve continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio" (...), quale strumento inteso, eminentemente, a dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile*». Del medesimo avviso, *ex multis*: Cass. Pen., Sez. I, 15 giugno 2005, n. 27433; Cass. Pen., Sez. II, 14 maggio 2009, n. 33597, Monticelli; Cass. Pen., Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 16580, De Carlo; Cass., sez. II, 14 marzo 2012, n. 21894, C.F.; Cass. Pen., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 39204, ric. Ferrara altri, in cui si afferma come l'affrancamento dalle misure personali abbia rafforzato l'efficacia della misura ablatoria e che il requisito della pericolosità sociale finanche proiettato nel passato permane quale presidio imprescindibile, dovendosi comunque procedere al suo accertamento *incidenter tantum*. Contra: Cass. Pen., Sez. V, 25 marzo 2013, n. 14044, ric. Occhipinti, secondo la quale il venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità sociale, quale comune presupposto alle misure di sicurezza, avrebbe dunque conferito alla misura *de quo* natura "oggettivamente sanzionatoria", con conseguente applicazione del principio di irretroattività.

⁵⁵ Sui i profili (anti) costituzionali della prevenzione cfr.: F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 374 e 387 ss. in cui l'autore avanza la tesi per la quale ogni strategia preventiva non potrebbe che essere incardinata nella fase cautelare del procedimento penale finalizzato all'accertamento dei reati presupposto; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 116; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, II ed., Napoli, 1997, 77; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, XXVI, 643 ss. Sulla crisi del concetto di pericolosità e sulla difficoltà di una prognosi scevra da riferimenti astratti e allo stesso tempo immune da momenti di incontrollabile discrezionalità, v. anche D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 181 ss., il quale osserva che «*dove ci sono misure di prevenzione non ci possono essere elementi di fatto, perché se si chiede al giudice di provare un fatto, che, come nel nostro caso costituisce un reato, allora significa che vi sono gli estremi per procedere penalmente*».

⁵⁶ Cfr.: A. M. MAUGERI, *Un parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, 942 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 384 ss.; F. MAZZACUVA, *Le Sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015.

⁵⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*.

funzionali ad orientare l'interprete nell'inquadrare la natura della sanzione considerata in una prospettiva teleologico-assiologica, che tenga conto delle reali finalità della misura al fine di scongiurare le cd. frodi delle etichette ed assicurare la tutela delle garanzie di cui all'art. 7 Cedu⁵⁸.

In tale prospettiva teleologica, il criterio dirimente per definire in termini penali una sanzione, non si individua nella severità della sanzione, ma nella natura punitiva o preventiva della stessa, individuata indagando i reali scopi da essa perseguiti. Tale disamina risulta non sempre agevole tenuto conto che queste due finalità spesso non si manifestano in maniera netta, ma tendono invece a sovrapporsi, come avviene con riferimento alle misure di prevenzione le quali, sulla base dei relativi presupposti, appaiono connotarsi per una marcata impronta repressiva più che preventiva⁵⁹.

La confisca di prevenzione si presenta dunque come una fattispecie ibrida, parapenalistica, poiché nella sostanza pare assumere i tratti di una pena, stante anche la sua afflittività, ma formalmente le si attribuisce il *nomen iuris* di misura preventiva, sottraendola così allo statuto garantistico del diritto penale. Al pari di ogni misura di prevenzione *ante-delictum*, la confisca comporta una notevole anticipazione della soglia di punibilità ponendosi così in attrito con una molteplicità di principi costituzionali⁶⁰. Si pensi al principio di colpevolezza, dal momento che i beni da confiscare si assumono derivare da reati di cui si presume la commissione⁶¹; al principio di presunzione di innocenza, in mancanza di una sentenza di condanna in ordine all'illecito che si assume commesso a monte; al principio del *ne bis in idem* qualora si ricorra al procedimento di prevenzione - quale scorciatoia probatoria - nell'ipotesi in cui il prevenuto sia già stato assolto per insufficienza di prove nel processo penale deputato all'accertamento del reato da cui si desume la sua pericolosità sociale; al principio di proporzione e al diritto di proprietà, nella misura in cui si riscontrano nella prassi sequestri e successive confische che in via approssimativa colpiscono indistintamente il patrimonio del prevenuto.

Queste criticità appaiono oltremodo marcate con riferimento all'istituto del congelamento di capitali, in quanto la sua applicazione, a dispetto delle misure di prevenzione patrimoniale nazionali, non avviene all'esito di un procedimento giurisdizionale, ma bensì amministrativo. Ciò non può che decretare un notevole affievolimento delle garanzie processuali poste a presidio del c.d. giusto processo, così come previsto dall'art. 6 Cedu. Si pensi a quanto risultino affievoliti il diritto di difesa ed il diritto al contraddittorio e come possa essere più sommario lo standard probatorio richiesto. Considerato che la misura del congelamento può avere un impatto negativo notevole sulla vita privata del destinatario, come dimostrato da alcuni dei casi più noti di cui si è occupata la giurisprudenza europea, la stessa pare dunque porsi in tensione anche con il principio del *nulla poena sine iudicio*. Sennonché se tale sanzione risulta necessaria per intraprendere una più efficace lotta al terrorismo internazionale, è auspicabile apportare dei correttivi ad un simile modello di intervento.

Nello scenario nazionale, invece, il sequestro e la confisca di prevenzione, strumenti oramai consolidati nel campo del contrasto alla criminalità organizzata, seppur presentano aspetti controversi, sono indubbiamente espressione di una cultura giuridica maggiormente rispettosa delle garanzie⁶². Stante la possibilità di disporre tali misure nei confronti di coloro che sono inseriti nelle liste, la giurisprudenza di legittimità, al fine di scongiurare il rischio di sostituire i presupposti applicativi delle misure preventive con l'iscrizione nelle *black lists*, ha negato la valenza indiziaria di tale circostanza, potendo semmai costituire uno spunto investigativo per la pubblica accusa, affermando che la prova della finalità del terrorismo deve necessariamente formarsi secondo le regole di utilizzabilità e di valutazione probatoria prescritte dalla legge processuale⁶³.

⁵⁸ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 4, 1899 ss.

⁵⁹ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, cit., 1935, secondo il quale le misure di prevenzione "non riescono a sottrarsi alle accuse di celare un'autentica "frode delle etichette".

⁶⁰ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit.

⁶¹ La fattispecie più "stravagante" è senz'altro la confisca disposta nei confronti degli eredi del proposto deceduto, qui la disarticolazione è quanto mai evidente con conseguente spregio del principio in virtù del quale la responsabilità penale è personale. La sanzione patrimoniale in tal caso segue le vicissitudini che interessano il patrimonio del *de cuius* prevenuto sulla base di un provvedimento ablatorio ancorché non definitivo.

⁶² A. MANGIARACINA, *Il "congelamento dei beni" e la confisca come misure di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo*, cit., 990 ss.

⁶³ Cass. Pen, Sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia e altri, *Foro Italiano*, 2007, II, 77 e ss.

8.

Riflessioni conclusive.

Il tema delle misure di prevenzione involge quello del rapporto tra emergenza, sicurezza ed eccezione, nella misura in cui la gestione delle emergenze, rappresentate dall'*escalation* degli attentati terroristici, legittima il legislatore e la comunità internazionale ad introdurre degli strumenti di contrasto eccezionali, derogatori rispetto a quelli tradizionali. L'emergenza del terrorismo è divenuta purtroppo una minaccia ordinaria con cui il mondo occidentale convive forzatamente, ma la normativa di riferimento appare ora più che mai imperniata su di uno *status* di eccezione, esemplificazione del diritto penale del nemico. A quindici anni dall'11 settembre 2001, si assiste ancora ad un faticoso equilibrio tra le esigenze di sicurezza dei singoli Stati e l'imperativo della tutela dei diritti fondamentali. In tale settore i principi fondamentali dello Stato di diritto, i quali costituiscono fondamento e limite alla legittimazione del potere punitivo, sono messi a dura prova e molteplici sono gli aspetti critici riscontrati. Il legislatore che pone la sicurezza quale obiettivo prioritario è consapevole di contrarre una promessa che difficilmente potrà mantenere. I rischi da gestire sono innumerevoli. In ossequio alla necessità di prevenire, la soluzione spesso sembrerebbe quella di anticipare l'intervento. A fronte di una così massiccia anticipazione della tutela penale, dinnanzi ad una "amministrativizzazione" del diritto penale e ad una "penalizzazione" del diritto amministrativo, altrettanto controversa risulta la natura delle misure a carattere preventivo. L'attribuzione alle autorità giudiziaria e amministrativa del potere di disporre di misure connotate dalla forza degli strumenti penali sulla base di parametri di pericolosità e sospetto, ha determinato la formazione di un sistema parallelo, non rispettoso dei diritti fondamentali. Un sistema che, più che essere complementare ed integrativo a quello repressivo, tende ad imporsi e a trascinare dagli argini dei settori speciali⁶⁴.

Al fine di arginare derive autoritarie che conducano ad un primato della ragion di Stato sul diritto, in cui il secondo risulti servente agli scopi della prima, anche sacrificando alcuni dei suoi principi più importanti, come dimostra l'esperienza di Guantanamo, pare assunto imprescindibile che le scelte di politica criminale anche a livello internazionale siano orientate dai principi di ragionevolezza, stretta necessità e proporzione, pure qualora il *vulnus* sia diretto al diritto di proprietà e alla libertà di iniziativa economica.

⁶⁴ R. BARTOLI, *Il terrorista internazionale: criminale, nemico o nemico assoluto?*, cit., 2009, 38 ss.

La resistibile ascesa del segreto di stato: tra *salus rei publicae*, «nero sipario» e strisciante impunità

The Resistible Rise of the State Secret: Between Salus Rei Publicae, the «Black Curtain» and Creeping Impunity

MARCO MALERBA

Dottorando di ricerca in Diritto e procedura penale presso l'Università di Genova

SEGRETO DI STATO, CORTE COSTITUZIONALE,
CONTROLLO GIURISDIZIONALE, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO, TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

STATE SECRET, CONSTITUTIONAL COURT,
JURISDICTIONAL CONTROL, EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS, HUMAN RIGHTS PROTECTION

ABSTRACT

L'impiego del segreto di Stato nel processo penale e il pericolo di gravi attentati terroristici portano a indagare l'interpretazione che la Corte costituzionale ha fornito della l. n. 124 del 2007 nell'ambito della nota vicenda Abu Omar. Le soluzioni cui essa è pervenuta non hanno convinto chi, come la Corte EDU, ritiene che la tutela dei diritti dell'individuo proclamati «inviolabili» dalle carte costituzionali debba essere assicurata in ogni caso, specialmente laddove essi si rapportino a gravi forme di criminalità. Non è tollerabile, in altri termini, che le garanzie dell'individuo siano compresse proprio nel momento in cui di esse v'è maggiore necessità.

The use of State secrets in criminal law proceedings and the risk of terrorist attacks bring us to examine the interpretation of Law no. 124 of 2007 offered by the Constitutional Court with respect to the well-known Abu Omar affair. The solutions provided have not persuaded those who, like the ECHR, believe that the protection of «inviolable» human rights should always be granted, especially in connection with serious forms of crime. Human rights guarantees must not be restricted when they are needed the most.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Segreto e terrorismo. – 3. Imputato e segreto di Stato. – 4. Le forme di controllo sul segreto. – 5. L'oggetto del segreto di Stato. – 6. I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» – 7. Conclusioni.

1.

Premessa.

La nuova ma, per certi versi, costante minaccia terroristica di matrice islamica ha posto all'attenzione degli interpreti la questione inerente al delicato bilanciamento tra l'attività preventiva di gravissime forme di criminalità e il rispetto scrupoloso, inderogabile, dei diritti fondamentali e «inviolabili» dell'individuo.

Contemperamento che presuppone una spiccata sensibilità da parte dell'interprete, al fine di saggiare la «tenuta» del volto costituzionale del processo penale laddove l'individuo sia indagato o imputato per gravi reati o, addirittura, «affidato» alle autorità statuali (es. a seguito di arresto o detenzione).

Il presente contributo si propone di affrontare, alla luce della giurisprudenza – di legittimità, costituzionale e convenzionale degli ultimi anni originata da un noto caso di cronaca – la sfuggente materia del segreto di Stato¹. Una tematica posta al crocevia di plurime branche dell'ordinamento che, dal punto di vista del processualpenalista, solleva non pochi interrogativi (tutt'ora) irrisolti².

Il segreto di Stato, in breve, è una preclusione alla possibilità per l'autorità giudiziaria di pervenire alla piena conoscenza dei fatti per cui è processo, giustificata dalla tutela di valori intimamente connessi agli interessi nazionali. Esso implica una fisiologica contrapposizione tra principi costituzionalmente tutelati: la sicurezza nazionale, da un lato e la giurisdizione penale, dall'altro. E se la seconda rinviene in Costituzione una forte e sicura tutela, lo stesso apparentemente non può dirsi per la prima.

In realtà, non può negarsi – né si è mai tentato – che l'esigenza di protezione dei supremi interessi nazionali possa talvolta prevalere anche sulla giurisdizione. Tuttavia, il rischio sotteso attiene all'abuso del potere di segretazione ovvero al suo uso distorto, finalizzato cioè a coprire attività penalmente rilevante.

Il tema si riduce, quindi, ad una composizione equilibrata di distinti interessi. L'interprete è chiamato a rivenire un punto di equilibrio ragionevole, ma variabile caso per caso e che precinda da aprioristiche gerarchie di valori tra entità astratte.

Nel tentativo di raggiungere questo obiettivo, l'ordinamento si è dotato di disciplina specifica – l. 124/2007 – di riforma della precedente l. 801/1977, la quale, a sua volta, aveva recepito alcune indicazioni fornite da una celebre pronuncia della Corte costituzionale³. Si deve a questa sentenza l'abbozzo, per la prima volta, dei tratti fondamentali dell'istituto che ancora oggi lo caratterizzano. Eccoli in breve.

Il segreto «involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla stessa sua sopravvivenza». Interessi, per ciò che qui maggiormente attiene, «nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sostengono».

I referenti costituzionali sono gli artt. 1, che racchiude con formula sintetica i caratteri essenziali dello Stato («Repubblica democratica»); 5, laddove enuncia i principi di unità e indivisibilità dello Stato e 52, secondo cui la difesa della Patria costituisce «sacro dovere del cittadino».

L'effetto processuale della rituale opposizione/conferma del segreto è lo «sbarramento» all'utilizzabilità dell'informazione secretata⁴. L'interesse alla sicurezza della Repubblica riveste

¹ Per una panoramica della disciplina di cui alla l. 3 agosto 2007, n. 124 si v. *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di Illuminati, Giappichelli, 2010.

² Un'esauriente trattazione «laica» del tema, in un'ottica diacronica, in SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismo e mafie, di segreto di Stato e di giustizia offesa*, Laterza, 2010.

³ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, in *Giur. cost.*, 1977, p. 696 s. Le citazioni che seguono sono tratte dalla sentenza indicata.

⁴ Corte cost. 3 aprile 2009, n. 109, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1007-1008 che, forte dell'art. 202, co. 6 c.p.p., ricorda la distinzione, forse eccessivamente formalistica, tra l'impossibilità di secretare il fatto oggetto del reato – che rimane dunque accertabile mediante le ordinarie regole processuali – e la segretazione di talune fonti di prova, pur se «collegate o collegabili a quel fatto» e dunque «essenziali» per la sua completa conoscenza. Condivide la critica di formalismo FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, *ivi*, p. 1041. V. *infra* par. 5.

carattere assoluto e preminente su ogni altro, perché tocca la esistenza stessa della collettività organizzata a Stato, «un aspetto del quale è la giurisdizione».

Tuttavia, queste considerazioni avevano un oggetto assai specifico, ovvero il segreto militare *ex art. 86 c.p.m.p.* («notizie concernenti la forza, la preparazione o la difesa militare dello Stato»). La Corte costituzionale, nell'«attualizzare» il remoto precedente, pare non essersi accorta che la nozione di segreto è mutata nel tempo.

2. Segreto e terrorismo.

Il segreto è stato un protagonista indiscusso dell'ultimo decennio. Nel *post* 11 settembre, infatti, il contrasto al terrorismo si è caratterizzato per una rinnovata centralità dei servizi di *intelligence* che, per loro natura, postulano una certa riservatezza in merito alla propria organizzazione interna, ai propri funzionari e alle attività condotte dagli stessi.

Tuttavia, un'efficace azione di contrasto ad un fenomeno peculiare come il terrorismo internazionale ha sollevato il dubbio circa l'individuazione del perimetro di legalità entro il quale i pubblici poteri devono muoversi nella loro attività di prevenzione, senza ledere oltremodo diritti fondamentali della persona.

In particolare, molto si è discusso circa le pratiche di *cd. extraordinary renditions*⁵. Trattasi di sequestri di persone, attuati o per sottoporre il prevenuto a processo o a esecuzione della pena in un altro Stato o, come nelle ipotesi più recenti, per fini di *intelligence*. Il sequestrato, cioè, è consegnato a Stati terzi rispetto a quello del mandante o esecutore materiale i quali, se non «versati», sono reputati quantomeno «tolleranti» nei confronti del ricorso a tortura o trattamenti inumani e degradanti a fini *latu senso* confessionari.

In Italia, il binomio terrorismo/servizi segreti porta alla memoria il caso Abu Omar: un rifugiato politico egiziano, già *imam* presso una moschea milanese, indagato e (successivamente) condannato per associazione con finalità di terrorismo *ex art. 270-bis cod. pen.*, è stato forzatamente prelevato, nel febbraio 2003, da un gruppo di agenti della CIA e del SISMI (ora AISI) per essere condotto in Germania e da lì in Egitto, allo scopo di essere «interrogato» su presunti contatti con cellule terroristiche. La sua illegittima detenzione si è protratta per quattro anni, durante i quali è stato sottoposto a ripetuti atti di tortura⁶.

La reazione al terrorismo, ove condotta con queste modalità, ha sollecitato gli interpreti a interrogarsi su temi classici: la legittimità del fine perseguito può giustificare la commissione, ad opera dei pubblici poteri, di atti illeciti? Qual è il limite dell'attività di *intelligence*, oltrepassato il quale si perdono i caratteri essenziali di una «Repubblica democratica» di diritto?

La tematica ha vissuto soprattutto dell'elaborazione della Corte costituzionale chiamata, tra il 2009 e il 2014, a dirimere plurimi conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in relazione agli sviluppi dell'indagine sul sequestro di Abu Omar⁷.

Di questa complessa vicenda può non essere inutile isolare e approfondire tre macro questioni.

3. Imputato e segreto di Stato.

Sin dal codice Rocco del 1930, con scelta confermata nel 1988, l'«obbligo» di tacere per l'esistenza di un segreto è stato riferito al solo testimone. La posizione dell'imputato era nettamente distinta, atteso il suo immanente interesse personale e diretto nel processo. Nel bilanciamento tra i due valori, era reputato poziore il diritto di difesa nell'accezione di difendersi provando e, se del caso, «rivelando» ogni informazione o notizia reputata utile, pur se coperta dal segreto di Stato.

L'ordinamento si sarebbe caratterizzato, dunque, per la preminenza assiologica assegnata dall'art. 24 Cost. al diritto di difesa, non a caso proclamato «inviolabile» senza deroghe di

⁵ FANCHIOTTI, *Sequestri, servizi, segreti. Il caso Abu Omar e le sue anomalie*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 8 s. e p. 11 ove parla di «delocalizzazione» della tortura.

⁶ Corte EDU, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09), par. 8-26.

⁷ I quali sono ben lungi dall'essere conclusi, Corte cost., ord. 7 ottobre 2016, n. 217 e LEO, *Un nuovo conflitto di attribuzione sollevato dal presidente del consiglio riguardo ad indagini connesse agli accertamenti sul sequestro di Abu Omar*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2016.

sorta, a differenza degli artt. 13 e s. Cost. Diritto dotato, anzi, di portata applicativa tale da legittimare non solo il silenzio, ma altresì la menzogna⁸.

La Corte costituzionale è stata però di altro avviso⁹. Nell'interpretare l'art. 41 l. n. 124 del 2007, vi ha letto la chiara volontà del legislatore di generalizzare l'obbligo al silenzio, estendendolo a tutti i soggetti ivi qualificati, compreso l'imputato.

La Corte ha valorizzato un (preteso) intento legislativo di mutare i termini del bilanciamento tra i valori in gioco: una premessa politico-costituzionale assai impegnativa da cui muovere e che, infatti, non regge alle obiezioni cui si espone.

Lo Stato, «mirando all'autoconservazione», impone anche all'imputato il silenzio sulla notizia coperta dal segreto, esigendo al contempo dalla giurisdizione un *non liquet*, ovvero un esito processuale «scevro da connotati negativi nei confronti del giudicabile» (dichiarazione di non doversi procedere), fermo il vaglio di essenzialità rimesso all'autorità precedente.

La tesi tradizionale graverebbe l'imputato del peso di una scelta morale non indifferente, pregiudicando in ogni caso uno dei due interessi: o l'imputato tace su circostanze essenziali per la propria difesa, preservando il segreto ma esponendosi al rischio di condanna o, viceversa, consegue un'assoluzione nel merito ma al prezzo di aver rivelato il segreto (con condotta scriminata *ex art. 51 cod. pen.*) e di aver esposto a pericolo i preminenti interessi nazionali.

La Corte, inoltre, spende un argomento letterale. L'impiego del termine «riferire» nell'art. 41 cit., sebbene solitamente utilizzato nel codice di procedura penale con riguardo agli apporti conoscitivi provenienti da soggetti distinti dall'imputato (testimoni, periti, consulenti), qui può essere invece inteso «nella sua accezione comune e corrente»: espressione di ogni forma di esposizione di fatti o conoscenze, da chiunque effettuata¹⁰.

Neppure è reputata d'ostacolo la collocazione extra-codicistica della disposizione, attesa la sua chiara portata generalizzante. Infine, l'ampio dibattito parlamentare sul punto attesterebbe come il tema sia stato «ben presente» al legislatore riformistico del 2007.

Nei passaggi indicati si riconosce, in controtela, un'interpretazione dottrinale minoritaria¹¹, per cui la connotazione oggettiva del segreto – posto a tutela dei «supremi interessi della Nazione» (*sic*) – trova piena esplicazione anche nei riguardi dell'imputato, al quale lo Stato impone il silenzio, trasformandolo di fatto in uno strumento per il più efficace conseguimento dell'obiettivo securitario.

La prevalente dottrina non ha, invece, condiviso il *dictum*. È parso lampante, difatti, il rovesciamento della prospettiva personalista adottata dal costituente del 1948. Il ragionamento esposto desta stupore per due ragioni. Da un lato, è interessante sottolineare come neppure il codice fascista giungesse a simili conclusioni; dall'altro, è innegabile che il *fil rouge* della politica legislativa e giurisprudenziale – sia di legittimità che costituzionale – degli ultimi cinquant'anni sia volto ad implementare i diritti fondamentali dell'individuo al fine precipuo di contenere «le tendenze invasive del potere statale»¹². Non il contrario.

Non è poi corretto desumere un'innovazione di tale portata da una norma mal scritta come l'art. 41 cit. I lavori parlamentari, inoltre, nonostante l'opinione contraria della Corte e di alcune voci della dottrina, non sono cristallini: la proposta di includere tra i destinatari dell'obbligo al silenzio anche l'imputato fu dapprima presentata come interpolazione dell'art. 202 cod. proc. pen., ma successivamente ritirata e convogliata in una norma più generica come l'art. 41 cit.¹³. La disposizione, inoltre, è stravagante in quanto non menziona neppure l'imputato.

⁸ Dopo la riforma dell'art. 111 Cost., per una riflessione sui rapporti tra diritto di difendersi «provando», diritto al silenzio e processo penale si v. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, *Cass. pen.*, 2001, p. 3589 s. Più in generale, GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, 1972.

⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, in *Giur. cost.*, 2012, p. 486 s., con note critiche di PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato*, p. 526 s. e di ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, p. 2327 s.

¹⁰ Per PACE, *op. cit.*, p. 527 trattasi, invece, di una «consapevole forzatura semantica».

¹¹ BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, CEDAM, 2010, p. 147 s. La tesi individua la patologia del sistema precedente nella «scelta» affidata all'imputato circa quale bene far prevalere onde muovere verso una ricostruzione dei valori in gioco in chiave «statualistica». Spostando il cuore del discorso su una «virtuosa omologazione in chiave pubblicistica dei termini del bilanciamento», l'A. vi esclude il «personalissimo» interesse del singolo imputato a difendersi nel «suo» processo. Da ciò deriverebbe la possibilità di rinunciare all'esercizio corretto della giurisdizione, giustificata dall'esigenza di tutelare la salvezza della Nazione. Pur riconoscendo che l'art. 41 l. n. 124/2007 sia una norma mal scritta, foriera di ragionevoli dubbi esegutici – l'uso del verbo «riferire», la non menzione dell'imputato pur a fronte di una disciplina codicistica applicabile esclusivamente al testimone, l'attenzione ai soli soggetti pubblici – l'A. condivide il percorso esegutico della Corte costituzionale con una sorta di ragionamento *a fortiori*, p. 152.

¹² ORLANDI, *op. cit.*, p. 2328.

¹³ Cfr. BONINI, *Commento art. 41 l. 3 agosto 2007, n. 124*, in *Leg. Pen.*, 2007, p. 843 e nt. 4.

Soprattutto, non si comprenderebbe per quale ragione una tale esegesi debba accogliersi solo per gli imputati qualificati (pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio e pubblici impiegati) e non per chiunque sia a conoscenza di un segreto di Stato. In altri termini, sembra difficile ammetterne una concezione oggettiva del segreto condizionata però dalla soggettiva qualificazione del propalante.

Più di ogni altro aspetto, infine, è fonte di perplessità l'aprioristica preminenza accordata all'interesse securitario in virtù del richiamo alla sent. 86/1977 che, tuttavia, verteva sul segreto militare e non su quello di Stato *tout court*. È pur vero che, con le leggi 801/1977 e 124/2007, il primo è divenuto *species* di un più ampio *genus*, ma è sufficiente leggere l'attuale nozione di segreto per rendersi conto che le conclusioni di allora, per essere generalizzate e correttamente spese oggi, necessiterebbero di un serio approfondimento e di una motivazione che vada oltre al mero richiamo del precedente pur autorevole¹⁴.

Quella pronuncia richiedeva, proprio al fine di evitare abusi, un raffronto caso per caso improntato ad un «ragionevole rapporto di mezzo a fine»¹⁵. Come a dire che non basta opporre il segreto per paralizzare, sempre e comunque, ogni diritto con esso confliggente e ammantare di supremazia qualsivoglia interesse reputato rilevante per la sicurezza della Repubblica.

La Corte dunque avrebbe dovuto verificare, nel caso specifico, se l'impiego del segreto fosse stato proporzionato – cioè, necessario e idoneo – all'obiettivo di preservare realmente gli interessi cui l'istituto risulta strumentale, in rapporto al *vulnus* inferto alle prerogative difensive dell'imputato.

In dottrina si è parlato di «interpretazione orwelliana» per cui «tutti i principi supremi sono inviolabili, ma uno è... più inviolabile degli altri»¹⁶. Con ciò però, al di là di formule forse enfatiche, non si vuole dire che il legislatore, nella discrezionalità che una lettura più ponderata della sent. 86/1977 lascia intravedere, sia inibito del tutto dal rimeditare il tradizionale bilanciamento tra segreto e diritto di difesa, onde ragionevolmente conformare il secondo alle esigenze del primo. Si renderebbe necessaria però una disposizione meglio redatta che, per lo meno, si riferisse espressamente all'imputato e prescindesse da connotazioni soggettive.

Permarrebbe, comunque, il dubbio circa la premessa di partenza – il ribaltamento dei valori in gioco – che proprio non persuade¹⁷ e che la Corte non motiva, limitandosi, in poche righe, a prenderne quasi atto.

Sorge allora il sospetto che la redazione ambigua dell'art. 41 cit. e l'interpretazione (inattesa) della Corte costituzionale¹⁸ siano stati oltremodo condizionati dai fatti del giudizio *a quo*, onde suggerire un *commodus discessus* agli imputati eccellenti del processo Abu Omar¹⁹.

La Corte è consapevole del rischio insito in questa soluzione. Tra le pieghe della motivazione pare scorgersi, infatti, il timore di un abusivo ricorso al segreto da parte dell'imputato, magari confidando nell'intervento risolutivo *ex post* dell'esecutivo. Il pericolo concreto è una difesa «dal processo».

Ed ecco che, allora, la Corte valorizza il vaglio di «essenzialità». Per giungere al proscioglimento, l'autorità giudiziaria è tenuta a qualificare in tali termini la notizia secretata, alla luce delle complessive risultanze processuali²⁰. Ciò equivale ad un giudizio di pertinenza, dovendo la notizia attenersi al tema di prova di cui al processo *a quo* e di decisività, ovvero di conclamata assenza di altre fonti di adeguata conoscenza. Il che implica una verifica, la più accurata possibile, circa l'«adeguato tasso di persuasività»²¹ della prospettazione difensiva, alla luce di tutti gli elementi disponibili, onde vagliarne coerenza e plausibilità.

Qualche problema, innegabilmente, si pone. Da un lato, è oltremodo arduo prospettare

¹⁴ FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, op. cit., p. 1039.

¹⁵ Corte cost. 24 maggio 1977, n. 86, cit., p. 703.

¹⁶ FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragioni di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 12.

¹⁷ PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1731.

¹⁸ Anticipata dalla sentenza 106/2009, cit., p. 1002, meritevole di citazione, perché a suo modo curiosa. Nonostante il *petitum* del conflitto non vertesse sul tema che qui ci occupa, la Corte vi ha dedicato il par. 11. Il capoverso rilevante si apre però con un esplicito riferimento alla «futura escussione dei testi», per chiudersi con un inciso, immotivato e in forma di *obiter dictum*, relativo all'art. 41 cit. per cui l'obbligo ivi prescritto all'Autorità giudiziaria di informare il PDCM si applicherebbe «in qualunque stato e grado il segreto sia stato opposto [dai soggetti qualificati], anche in qualità di indagati o imputati». Sembra si sia in presenza di una patente contraddizione tra premesse e conclusioni.

¹⁹ Così, condivisibilmente, FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, op. cit., p. 1035. In via incidentale, si sottolinea la circostanza per cui tutti gli imputati ricoprivano le qualificazioni soggettive di cui all'art. 41.

²⁰ PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto (dell'imputato) sull'accusa di attività "deviata" dei servizi segreti*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3282-3285.

²¹ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 515-516.

la persuasività di una difesa senza poter esplicitarne argomenti e oggetto²², ma può essere allettante l'idea di farsi scudo dietro un silenzio imposto, senza dover allegare niente più del segreto in sé. Per contro, essenzialità e persuasività sono clausole generali facilmente manipolabili da chi volesse "forzare" il perimetro di segretezza²³.

Resta irrisolto il problema della sanzione processuale per la fonte di conoscenza rivelata dall'imputato. Nella prassi, gli imputati si sono adeguati al *decisum*, eccedendo alla prima udienza utile l'obbligo di tacere. È comunque ipotizzabile il ricorso all'inutilizzabilità della prova *ex art. 191 cod. proc. pen.*, quale categoria generale in grado di sterilizzare i contributi informativi apportati nel processo in violazione di un preciso divieto legale.

4.

Le forme di controllo sul segreto.

Il secondo aspetto su cui occorre soffermarsi attiene al controllo esercitabile sull'esercizio del potere di segretezza.

Occorre muovere, nuovamente, dalla sentenza 86/1977. Atteso il fondamento costituzionale del segreto e la competenza attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri, quale organo di vertice dell'esecutivo chiamato a dirigere la politica generale del Governo, le modalità di esercizio del potere – ampiamente discrezionale, ma contraddistinto da una discrezionalità che «supera l'ambito e i limiti» di quella puramente amministrativa – sono assoggettate al solo controllo parlamentare, ovvero ad un giudizio di «natura squisitamente politica»²⁴.

Resta escluso, quindi, un sindacato dell'autorità giudiziaria circa *l'an* e il *quomodo* della segretezza, pena il sovvertimento di basilari principi costituzionali.

Si sconta qui il rischio di debordare nel diritto costituzionale, per cui è doveroso limitarsi a due considerazioni. Il controllo del Parlamento (tramite il COPASIR) è all'unisono reputato debole e inidoneo allo scopo²⁵. Inoltre, se anche il Parlamento reagisse in modo severo, interrompendo il rapporto di fiducia *ex art. 94 Cost.*, ciò non avrebbe la minima ripercussione processuale: il segreto illegittimo (o illecito) non verrebbe processualmente rimosso²⁶.

Eppure proprio la qualificazione oggettiva del segreto²⁷ e la previsione stessa di limiti legali al suo impiego costituiscono sufficienti basi per ammettere un sindacato che non si arresti alle soglie di una verifica formalistica ed estrinseca.

Tuttavia, la Consulta ha, nel tempo, interpretato il proprio ruolo in maniera eccessivamente timida, all'insegna di un considerevole *self-restraint*. Essa ha, dapprima, escluso la praticabilità di un controllo circa il rispetto dei principi di legalità e proporzionalità (sent. 106/2009, par. 12.4), per il timore di sconfinare in un giudizio di merito.

Dalla (asserita) natura politica dell'atto di conferma ha, successivamente, dedotto la sufficienza di un controllo di pura corrispondenza estrinseca tra presupposti legali (*id est* organo competente, rispetto delle tempistiche, presenza di un atto motivato) e notizia secretata.

L'atteggiamento di chiusura si è consolidato nel tempo. La Corte ha sempre rifiutato espressamente di «sindacare il corretto esercizio della discrezionalità spettante al PDCM»²⁸, «ferme restando le competenze» proprie *ex art. 202 cod. proc. pen.*

²² A differenza del vaglio circa l'essenzialità di quanto riferito dal testimone – passibile di controllo alla luce delle circostanze dedotte nei capitoli di prova delle liste testimoniali e delle domande che gli vengano poste – per l'imputato ciò potrebbe mancare. Soprattutto qualora egli si "barricasse" dietro l'opposizione del segreto a prescindere da ogni domanda specifica sul *thema*: altra circostanza che ha ampiamente caratterizzato i processi milanesi.

²³ Un tale atteggiamento da parte dell'autorità procedente si esporrebbe fatalmente al potere "reattivo" indicato dall'art. 66, co. 2 disp. att. c.p.p. Trattasi di una norma molto controversa, laddove attribuisce al PDCM, al verificarsi di determinate ipotesi, il potere di confermare il segreto affermando che la notizia o il fatto "non concernono" il reato per cui è processo. Così facendo, però, apparentemente si spoglia l'autorità giudiziaria del potere-dovere di qualificare il fatto, per attribuirlo ad un organo non giurisdizionale. Ad ogni modo, l'eventuale cortocircuito si sanerebbe unicamente mediante il ricorso alla Consulta nelle vesti di giudice del conflitto tra poteri; conflitto che però avrebbe ad oggetto due o più condotte scorrette e incrociate: è evidente la distanza dalla "leale collaborazione" che dovrebbe informare l'esercizio dei pubblici poteri.

²⁴ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, cit., p. 705.

²⁵ ANZON DEMMING, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 535. e SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3755.

²⁶ Il punto è colto lucidamente da ORLANDI, *op. cit.*, p. 2332.

²⁷ Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, in *Giur. cost.*, 2014, p. 386, con commento di GIUPPONI, *Il segreto di stato ancora davanti alla corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2014 e in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, p. 2 ss., con nota adesiva di BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione tra prova e fatto*. Precedentemente, si v. già Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 986-987.

²⁸ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 523 e notazioni critiche di ORLANDI, *op. ult. cit.*

A tal fine, la motivazione della conferma del segreto *ex art.* 202, co. 5 cod. proc. pen. e art. 41, co. 5 l. 124/2007, ancorché diretta all'autorità giudiziaria, non è reputata prodromica ad un sindacato sulle modalità concrete di esercizio del potere, ma solo a «giustificare, in termini congruenti e plausibili... lo sbarramento all'esercizio della funzione giurisdizionale»²⁹.

Ebbene: chi controlla che questa giustificazione non sia di mera facciata? o apparente? o pretestuosa e, all'occorrenza, falsa?

I connotati della stessa motivazione sono definiti dalla Corte in modo alquanto peculiare. La portata dell'obbligo risente della specificità dell'istituto: il PDCM – ove ritenga di avvalersi del segreto – può anche non dilungarsi nei dettagli che la riguardano, pena la vanificazione dell'esigenza di riservatezza. L'adeguatezza della motivazione va rapportata alle caratteristiche della notizia, riflettendone il livello “categoriale” o meno.

Se il principio in sé può anche condividersi, non si comprende però perché la Corte si premuri di precisare che essa non potrebbe essere meno vaga neppure qualora l'autorità giudiziaria si sforzasse di interpellare il Presidente su tematiche mirate, chirurgiche, onde limitare lo «sbarramento» all'indispensabile. Tra le righe, il messaggio rivolto all'autorità giudiziaria suona pressappoco così: giudice, chiedi pure conferma del segreto su ciò che reputi «essenziale», sappi però che il PDCM potrà sostanzialmente eludere il quesito aprendo l'ombrello del segreto per un raggio anche molto maggiore rispetto al *petitum*³⁰.

Eppure, nel 2007, il legislatore ha specificato il dovere motivazionale proprio nell'ottica di un futuro controllo demandato alla Corte costituzionale quale giudice del conflitto. Sono plurime le novità che spingono in questa direzione e che l'interpretazione della Consulta non ha valorizzato appieno. Si è assistito, anzi, ad una vera e propria “invenzione della tradizione”: i principi affermati nel precedente del 1977 rappresentano, nella vicenda odierna, un fuor d'opera. La Corte, allora, aveva parlato di ampia discrezionalità e di controllo politico-parlamentare al fine di escludere il sindacato del giudice penale³¹. Non già di negare un controllo *tout court*.

È banale rimarcare la distinzione tra giudice ordinario e costituzionale – le cui specificità invece sembrano essere state tenute in considerazione dal legislatore del 2007 – eppure essa è la chiave di volta per interpretare correttamente l'autorevole precedente.

I vincoli imposti al giudice penale (artt. 202 e 204 cod. proc. pen. e artt. 40 s. l. 124 del 2007) trovano un equilibrato bilanciamento soltanto nella reale possibilità di ricorrere ad una Corte con pieni poteri accertativi e decisori. Infatti, il codice palesa la volontà di configurare il conflitto di attribuzione quale fisiologico sbocco processuale³².

Tre circostanze sembrano decisive: *a)* in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte (con notevole scarto rispetto alla disciplina sul COPASIR); *b)* la Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento; *c)* si pronuncia circa la «sussistenza» del segreto, con l'impiego di una terminologia che sottintende una valutazione di merito, ben distinta dalla consueta spettanza del potere conteso³³.

Quale altro significato potrebbe ad esse attribuirsi, se non quello di delineare un sindacato intrinseco, seppure non sostitutivo? Ovvero un controllo svolto da un giudice che abbia diretto accesso al fatto e, muovendo da esso, possa sindacare la ragionevolezza del segreto rispetto al fine di tutelare, proporzionalmente, l'interesse alla sicurezza nazionale. La differenza con un giudizio di pieno merito sull'apprezzamento tecnico condotto dal PDCM, volto a sovrapporsi, è evidente.

Inoltre, la Corte sembra cadere in errore quando accosta l'atto politico a quello discrezionale. Il primo è connotato dalla libertà nei fini, che esso stesso determina; il secondo implica un margine, più o meno ampio, di ponderazione dei diversi interessi in ordine alla decisione più opportuna per il perseguimento di scopi tipici. In questa materia le finalità alla cui cura il segreto è funzionalizzato sono espressamente indicate all'art. 39 l. 124 cit. e derivano dalla Costituzione stessa.

Perché allora negare un controllo che implica l'accertamento della notizia o del fatto secretati e, per il tramite della motivazione addotta, giunga a scrutinare la ragionevolezza, nel caso concreto, del mezzo rispetto al fine? Non si comprende, cioè, perché vietare al giudice

²⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 40, cit., p. 524.

³⁰ Cfr. ANZON DEMMING, *op. cit.*, p. 536.

³¹ ANZON DEMMING, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1030.

³² SALVI, *op. cit.*, p. 3757.

³³ *Op. ult. loc. cit.* La normativa di riferimento è posta dagli artt. 202, co. 7 e 8 c.p.p. e artt. 28, co. 8 e 31, co. 8 e 9 l. 124 del 2007.

costituzionale l'indagine sulle ragioni invocate dall'esecutivo a sostegno del segreto, al fine di appurare se la *salus rei publicae* sia stata perseguita con il giusto impiego dello strumento previsto dall'ordinamento; una verifica circa l'esistenza del nesso causale tra le ragioni poste a sostegno del segreto e il suo utilizzo nel caso concreto³⁴.

Un controllo del tipo di quello descritto è, invece, stato condotto dalla Corte EDU che, con la sentenza già citata, ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU.

La Corte ha denunciato la carenza di effettività dei processi nazionali, vanificati da un impiego del segreto finalizzato al palese scopo di garantire agli imputati una «deplorable» impunità. La sentenza è *tranchant*: un processo avente ad oggetto fatti del tipo di quelli indagati dalla Procura di Milano pretende un'indagine indipendente e rigorosa, che «non deve tenere conto... della minaccia per la sicurezza nazionale eventualmente percepita dallo Stato» (par. 333).

In ambito interno si è parlato, al riguardo, di «nero sipario»³⁵. Ridurre il ruolo della Corte costituzionale ad una verifica notarile equivale ad abbandonare il rispetto dei parametri legali – cui pure il potere discrezionale è subordinato – all'arbitrio dell'esecutivo e, in ultima analisi, della maggioranza politica del momento.

Ne è derivata l'impossibilità pratica di reprimere comportamenti illeciti posti in essere dagli appartenenti ai servizi segreti: se le modalità organizzative dell'*intelligence* sono sempre riservate, l'illegalità trova copertura nel segreto confermato dal «committente/datore» dei servizi stessi, senza alcuna possibilità di un controllo svolto da un organo terzo che, quantomeno, assicuri che la recessione della giurisdizione avvenga nei limitati casi in cui ciò sia imposto da reali esigenze di sicurezza nazionale. Non per garantire a funzionari infedeli il *passé-partout* che gli garantisca di sottrarsi alla giurisdizione penale.

5. L'oggetto del segreto.

Per ultimo si è tenuto il profilo più delicato, inerente alla perimetrazione dell'oggetto del segreto. La fonte principale è rappresentata dall'art. 39 l. 124 cit. Esso è definito in termini generici: notizie, atti, documenti, fatti, cose la cui diffusione sia idonea ad arrecare danno ai noti interessi.

La nozione consta di due elementi. Il primo, positivo, esplicita un nesso di strumentalità rispetto alla protezione degli interessi indicati dalla legge (co. 1). Il secondo, negativo, vieta il segreto per un elenco tassativo di reati e per i «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» (co. 11).

Il tema è vasto, quindi si impone una precisa *actio finium regundorum*. Il sequestro Abu Omar ha implicato un utilizzo «insolito» del segreto: vi è anzitutto il sospetto, legittimo in chi osservi con disincanto i fatti processuali, di un suo uso retroattivo³⁶. Di certo, si è proceduto a secretare interi settori categoriali, tutt'altro che specifici. Inoltre, si è strenuamente difeso un segreto che tale in realtà non è mai stato.

La Corte ha però pervicacemente tenuto distinti, da un lato, il segreto sul reato e, dall'altro, quello attinente alle relazioni tra servizi, gli ordini e le direttive impartite dal Direttore e gli *interna corporis* del SISMI, onde affermare che il vincolo di riservatezza non ha mai attinto il primo, bensì i secondi³⁷.

Una parte della dottrina ha dubitato dell'eccessivo formalismo di tale distinzione³⁸. Poiché il segreto copre ontologicamente notizie, cioè fonti di conoscenza, il problema persiste: se il

³⁴ Cfr. le condivisibili critiche di VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 394 s. Si provi a calare il *modus operandi* descritto nel processo Abu Omar, in cui il segreto non ha mai avuto ad oggetto il reato di sequestro, bensì soltanto «i rapporti tra i Servizi italiani e stranieri», con riferimento non solo alle linee generali e strategiche di collaborazione tra essi, ma altresì agli assetti organizzativi ed operativi del SISMI, con particolare riferimento agli ordini impartiti dal Direttore, pur se collegati o collegabili al fatto di reato. Non pare inerire il merito della decisione un controllo che muova dalla motivazione dell'apposizione del segreto allo scopo di valutare se gli ordini impartiti dal Pollari ai suoi funzionari fossero tali, ove resi pubblici, da recare grave danno alla sicurezza nazionale, cioè all'«indipendenza» o «sopravvivenza» dello Stato organizzato a comunità. È arduo spiegare come una direttiva volta a favorire materialmente il sequestro finalizzato alla tortura di un individuo possa involgere l'esistenza della Repubblica. Un sindacato di proporzionalità mezzo-scopo avrebbe disvelato la macroscopica irragionevolezza del vincolo alla luce degli interessi in conflitto, senza mai esautorare il PDCM delle sue doverose attribuzioni.

³⁵ Corte d'Appello di Milano, sent. n. 3688 del 2010, par. 4.2.

³⁶ SALVI, *op. cit.*, p. 3732.

³⁷ Oggetto individuato dalla Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 998 e confermato da Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, cit., p. 386.

³⁸ PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 3292, rileva che «il segreto è sempre su notizie» e reputa «fuorviante» la distinzione in esame; FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro)*, *op. cit.*, p. 1041; *contra*, invece, ANZON DEMMING, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., p. 1025.

tema riservato è la notizia inerente alla commissione di un illecito, può attivarsi la barriera del segreto? Nel caso Abu Omar è oltremodo arduo individuare il discrimine.

Una tale delimitazione sembra ad ogni modo eccessiva, per non dire totalizzante. Ad accogliere questa definizione, appare segreta ogni informazione che concerne, a ogni latitudine, fatti o notizie che a tali organismi si riferiscano. Francamente, un po' troppo: che cosa rimane escluso non è dato sapere.

La connotazione oggettiva del segreto, a partire dal 1977, era invece ispirata a una chiara finalità garantista³⁹: non è segreto ciò che l'esecutivo decide sia tale, ma solo ciò che evidenzia un'obiettivo e rilevante strumentalità in rapporto ai supremi interessi dello Stato che – va ulteriormente sottolineato – non sono arbitrariamente apprezzabili dal legislatore ordinario. Egli, e come lui l'esecutivo che appone e conferma il segreto, è anzitutto vincolato al rispetto dei principi costituzionali fondamentali, tra cui i diritti inviolabili della persona.

Muovendo dal dubbio circa l'abnorme area di operatività del segreto, nel processo Abu Omar, la Corte di cassazione ha ritenuto di poter "forzare" il perimetro di riservatezza stabilito dal PDCM, sostenendo che lo sbarramento alla funzione giurisdizionale non evidenziava uno stringente nesso con la sicurezza nazionale⁴⁰. Essa ha, dunque, eccetto il divieto di segreto *ex art. 18, co. 6 l. 124 cit.*⁴¹, al fine di poter conoscere almeno le condotte *extra-funzionali*, poste in essere a titolo personale dai singoli agenti.

Per arrivare a ciò ha valorizzato una nota ufficiale dell'11 novembre 2005 in cui il PDCM affermava l'assoluta estraneità del Governo e del SISMI al sequestro. Se il vertice dell'esecutivo così si esprime, ne consegue che la partecipazione di funzionari italiani – risultata *ex actis* – sia avvenuta a mero titolo personale, al di fuori cioè del legittimo esercizio delle rispettive funzioni.

Ne è seguito l'annullamento con rinvio delle sentenze di non doversi procedere *ex art. 202, co. 3 cod. proc. pen.* alla Corte d'Appello di Milano che, adeguandosi, condannava gli imputati italiani⁴².

La decisione è stata oggetto di un nuovo ricorso alla Corte costituzionale, conclusosi a favore del Governo. «Non spetta» al giudice di legittimità reinterpretare l'ambito oggettivo del segreto, delineato dall'autorità competente (e già cristallizzato dalla sent. 106/2009). In altri termini, la Corte di cassazione avrebbe modificato indebitamente il contenuto e la portata del segreto, così vulnerando le prerogative del PDCM.

Se, in verità, quest'aspetto può essere in linea di massima condivisibile, costituisce però motivo di perplessità il percorso motivazionale dei giudici costituzionali⁴³. Nell'individuare l'oggetto del segreto, «nessuna limitazione poteva derivare... in dipendenza di una riconducibilità o meno [del concorso nel sequestro dell'*imam*] a formali "deliberazioni" governative o dei vertici dei Servizi» poiché, se anche queste fossero esistite, avrebbero certamente formato oggetto del segreto stesso⁴⁴.

Inoltre, qualora si avvedesse di illeciti commessi dai Servizi, il PDCM sarebbe tenuto a una condotta «del tutto antitetica» rispetto a quella di cui alla concreta vicenda: ove sia a conoscenza della commissione di atti illeciti non autorizzati, o debordanti i limiti dell'autorizzazione, esso ne deve informare l'autorità giudiziaria senza ritardo (art. 18 l. 124 cit.). Poiché, prosegue la Corte nel sillogismo, tutto ciò non solo non è avvenuto, ma il PDCM si è determinato per il promovimento dei plurimi conflitti di attribuzione, è per ciò solo dimostrata la «implausibilità» del ragionamento condotto dalla Corte di cassazione: il PDCM ha smentito per *facta concludentia* l'interpretazione volta a ricondurre l'attività degli imputati a un'iniziativa "a titolo personale". Ciò perché, se così fosse stato, il medesimo avrebbe dovuto denunciarli all'autorità competente.

Si tratta di un ragionamento non condivisibile. Ove il PDCM deliberatamente autorizzi *ex ante* – o copra *ex post* – un'operazione illecita di tale portata, sarebbe correo; sarebbe ragionevole attendersi coperture reciproche, interessate a non consentire il pieno accertamento

³⁹ SALVI, *op. cit.*, p. 3741.

⁴⁰ Cass., sez. V, 19 settembre 2012, in *C.E.D.*, n. 253636.

⁴¹ «Nei casi in cui la condotta prevista dalla legge come reato sia stata posta in essere in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste dal presente articolo, il Presidente del Consiglio dei ministri adotta le necessarie misure e informa l'autorità giudiziaria senza ritardo».

⁴² PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato, op. cit.*, p. 1732 s.

⁴³ V. per considerazioni più generali, VEDASCHI, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 24, cit., p. 385 s.

processuale dei fatti e delle relative responsabilità (penali e politiche)⁴⁵. La Corte ne è, paradossalmente, consapevole e afferma che quanto detto vale solo «a condizione che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla sicurezza dello Stato» (par. 6, ultimo periodo).

Eppure, chi controlla che la condizione sia rispettata non è dato sapere; neppure si conosce chi verifica che l'esecutivo non decida di coprire – col senno del poi – attività “deviate” dei Servizi. La Corte sorvola, ma la risposta pare scontata. Da quanto esposto deriva che l'ambito del segreto può essere tracciato, anche in modo “categoriale” e al limite della retroattività, soltanto dall'autorità che lo confermatò, mediante un atto passibile di motivazione vaga; è escluso un effettivo controllo sul corretto impiego della discrezionalità ed è, infine, sufficiente la dichiarazione che l'oggetto del segreto è teleologicamente orientato alla tutela dei noti interessi affinché si produca una “paralisi” complessiva: l'autorità giurisdizionale ordinaria può solo ricorrere alla Corte costituzionale che però si accontenta della circostanza che il PDCM, nel definire quanto sopra, attesti di aver agito per ragioni di sicurezza nazionale.

In altre parole, se la Corte deve sempre «prendere per buone le ragioni addotte» dal PDCM a sostegno del segreto, «l'abuso di potere diventerebbe legittimo»⁴⁶, purché sufficientemente motivato. Con ciò, si avrebbe il completo ribaltamento dell'ordinario rapporto regola-eccezione: il segreto è un istituto tollerato in un ordinamento democratico, al punto da imporre doverose interpretazioni estensive dei suoi limiti⁴⁷. L'idea invece che basti una motivazione purchessia per ammantare di oscuro tutto ciò che, di fatto, l'esecutivo ritiene utile per la sicurezza nazionale è l'antitesi del principio di trasparenza nell'agire pubblico (art. 97 Cost.).

6.

I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale».

Prima di giungere alle conclusioni, è d'obbligo soffermarsi su una formula – «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» – che molto ha fatto discutere in dottrina.

Con estrema sinteticità, esistono due opinioni al riguardo.

Nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale si coglie l'intenzione di limitare la clausola a specifiche fattispecie incriminatrici connotate dalla finalità di eversione dell'ordine costituzionale (ad es. artt. 280 o 289-*bis* cod. pen.). Essa giunge alla conclusione per cui «un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non è suscettibile di integrar[la], se non è idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle Istituzioni democratiche»⁴⁸. Il sequestro di persona *ex* art. 605 cod. pen., per quanto diretto alla tortura della vittima, non è connotato da una tale finalità.

Diametralmente opposta la tesi di un'autorevole dottrina⁴⁹. La formula non ha la pretesa, né dovrebbe averla, di identificare specifiche fattispecie incriminatrici (d'altronde, quando la Corte conio la dizione nel 1977, con il precedente ormai noto, non esisteva alcuna norma penale *ad hoc*). Non si è al cospetto di una norma penale incriminatrice, né la Consulta è chiamata ad interpretarla nelle vesti di giudice penale andando alla ricerca della tipicità del fatto.

Si tratterebbe, più semplicemente, di una clausola aperta, con funzione identificativa delle varie fattispecie di reato che – al mutare dell'ordinamento e delle sensibilità – siano ritenute, per la loro specifica offensività, lesive del nucleo fondamentale dei valori costituzionali, *in primis* i diritti inviolabili dell'individuo. Essa dovrebbe dunque abbracciare le condotte illecite, a prescindere dalla qualificazione giuridica, in cui si ravvisi il «prologo» di una destabilizzazione non bagattellare dell'equilibrio costituzionale o del quadro politico⁵⁰.

Rende meglio l'idea, a parere di chi scrive, la vicenda che ha originato la sent. 40/2012. Essa verteva su una conclamata attività di *dossieraggio* del SISMI, ai danni di magistrati e

⁴⁵ VEDASCHI, *op. cit.*, p. 399 correttamente sottolinea il cortocircuito in cui è caduta la Corte, che ragiona «sull'assunto dell'assoluta estraneità del Governo e sulla limpidezza nell'azione dei Servizi» non cogliendo che ciò rappresentava proprio l'oggetto del sindacato che, tramite l'accesso diretto alla notizia segretata, le era richiesto.

⁴⁶ ORLANDI, *op. cit.*, p. 2333.

⁴⁷ VEDASCHI, *op. cit.*, p. 397.

⁴⁸ Corte cost., 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 995-996. Tale definizione suscita, in chi scrive, perplessità: sarebbe interessante sapere quali fatti concreti, tra i molti controversi della storia d'Italia, possedano le caratteristiche indicate dalla Corte. Ad essere rigorosi, quasi nessuno. Il che pare forse eccessivo.

⁴⁹ Per tutti, PACE, I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Vol. III, Jovene, 2009, p. 1099 s. e In, *Sull'asserita applicabilità*, cit., p. 532.

⁵⁰ Cfr. ORLANDI, *op. cit.*, p. 2330.

giornalisti invisibili alla maggioranza politica del tempo⁵¹. Ebbene, dinnanzi al dubbio del giudice *a quo* circa la qualifica «eversiva» dei fatti contestati, la Corte ha ripreso alla lettera la dizione impiegata nella memoria – fatti posti «ai confini con l'eversione» – per affermare che la non opponibilità del segreto si giustifica solo in relazione a fatti sicuramente collocabili al di là di quel confine. Correttamente si è però obiettato che «qui si gioca con le parole»⁵², riassumendo egregiamente l'atteggiamento formalistico mantenuto dalla Corte costituzionale lungo tutto l'iter processuale.

7. Conclusioni.

Si torni, in conclusione, alla vicenda che ha originato i temi del presente contributo. Nonostante la Corte costituzionale abbia in generale convenuto circa la illiceità delle cd. «consegne straordinarie», non ne ha tratto alcuna conseguenza concreta⁵³. La sensazione è, anzi, che abbia liquidato la questione con una mera clausola di stile, una concessione poco più che stilistica al proprio ruolo di garante della legalità costituzionale.

Un giudizio meno formale è stato invece condotto dalla Corte EDU, che è giunta a denunciare la piena consapevolezza delle autorità italiane circa il destino di Abu Omar e a stigmatizzare l'assoluta ineffettività dell'inchiesta conseguente.

Il segreto è stato applicato «allo scopo di impedire che i responsabili dovessero rispondere delle loro azioni» e l'impunità che ne è seguita «deriva dall'atteggiamento dell'esecutivo»⁵⁴.

Sembra quasi che, sull'impiego del segreto, si siano contese il campo due visioni opposte, antitetiche, dei limiti al potere-dovere statale di contrastare le più gravi forme di criminalità. Quella adottata dal giudice sovranazionale ci ha ricordato che, in uno Stato di diritto, il principio di legalità – e per esso il rispetto puntuale dei diritti inviolabili della persona – non può essere derogato in nome di un rozzo e antiquato fine che giustifica i mezzi.

L'attività di *intelligence* non fa eccezione. Essa deve necessariamente patire il freno imposto dal rispetto sostanziale del principio di legalità, volto a contenere il potere statale attraverso la legge.

Lapidario e condivisibile, già nel 1965, il giudizio del *Bundesgerichtshof* in un caso avente ad oggetto il cd. segreto illegale: «tutto l'agire politico è sottomesso alla idea superiore del diritto e da questa limitato; dunque il diritto non è strumento di potere. La salvaguardia ... dei supremi valori costituzionali deve avere la precedenza in qualsivoglia decisione politica»⁵⁵. Sarebbe stato auspicabile che, a distanza di cinquant'anni, la Corte costituzionale avesse affermato analoghi principi.

⁵¹ L'indagine originò da una perquisizione effettuata presso un ufficio del SISMI, a Roma, disposta dalla Procura di Milano nell'ambito dell'inchiesta sul rapimento di Abu Omar. Il processo che ne è seguito, incardinato a Perugia, ha ad oggetto i delitti di peculato e abuso d'ufficio.

⁵² ORLANDI, *op. cit.*, p. 2329-2331. L'A. muove anche considerazioni condivisibili circa l'applicabilità dell'art. 26 l. 124 cit. al caso *de quo*, non in qualità di norma incriminatrice dell'attività di cd. «spionaggio» realizzata dai Servizi – ciò è impedito dagli artt. 25, co. 2 Cost. e 2, co. 1 cod. pen. – bensì quale contenuto di una fattispecie incriminatrice (che dal 2007 vieta condotte precedentemente sussumibili sotto altre norme penali) sulla quale innestare il divieto processuale *ex art.* 204, co. 1-bis c.p.p. Esso, come noto, sottostà al ben diverso regime intertemporale del *tempus regit actum*.

⁵³ Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106, cit., p. 995 e SALVI, *op. cit.*, p. 3763.

⁵⁴ In realtà, la Corte EDU stigmatizza altresì l'operato del Ministro della Giustizia che non ha provveduto efficacemente a chiedere l'estradizione degli imputati statunitensi poi condannati in contumacia e, soprattutto, quello dei due Presidenti della Repubblica nel concedere loro la grazia. Si v. i parr. 145-150 e 271-273. Su quest'ultimo aspetto, per considerazioni critiche si v. SELVAGGI, *Il caso Abu Omar davanti alla corte europea: qualche opportuna precisazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2016.

⁵⁵ Le citazioni sono riprese da PACE, *I fatti eversivi dell'ordine costituzionale*, *op. loc. cit.* È curioso notare che in Germania i processi in cui si è discusso di segreto di Stato qualificato «illegale» hanno avuto ad oggetto sempre la libertà di stampa, a conferma di come lo «sbarramento» processuale non sia validamente erigibile in contrapposizione a valori intimamente connessi con l'essenza democratica di uno Stato costituzionale di diritto. Lì non era in discussione la «disarticolazione» della Repubblica federale tedesca, bensì un diritto fondamentale dell'individuo che concorre a disegnare il «volto democratico» di una società civile: la distanza dalle conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale è evidente.

LA RILEVANZA DELLE FORME DI PARTECIPAZIONE
E DI SUPPORTO AL TERRORISMO
PARTICIPATION IN AND SUPPORT TO TERRORISM

-
- 81** **I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all'esecuzione del programma criminoso**
Luca D'Agostino
-
- 96** **Il contrasto al finanziamento del terrorismo**
Valentina Aragona
-
- 107** **Le modifiche agli artt. 270-*quater* e *quinquies* del codice penale per il contrasto al terrorismo**
Andrea Presotto
-
- 115** **La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale**
Maria Valérie Nardi

I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all'esecuzione del programma criminoso

Riflessioni sulla più recente casistica in materia di terrorismo islamico

Application Limits in Joining the Terrorist Association: Psychological Acceptance and Causal Contributions in the Carrying Out of a Criminal Plan

Reflections on the Most Recent Case Law Relating to Islamic Terrorism

LUCA D'AGOSTINO

Dottorando di ricerca in Diritto ed impresa presso l'Università Luiss "Guido Carli"

PARTECIPAZIONE, CONDOTTA, TERRORISMO ISLAMICO,
INSERIMENTO ORGANICO, ACCERTAMENTO

PARTICIPATION, CONDUCT, ISLAMIC TERRORISM,
MEMBERSHIP STATUS, ASSESSMENT

ABSTRACT

Passando per l'analisi della più recente casistica di merito, l'Autore sostiene che la condotta di partecipazione, non potendo essere ridotta a mera adesione psicologica dell'agente rispetto al programma criminale dell'associazione, dovrebbe essere valutata alla stregua dell'effettivo contributo alla realizzazione degli scopi e delle finalità di cui all'art. 270-sexies c.p., mediante l'accertamento in concreto della effettiva capacità della struttura criminale di mettere in opera il programma criminoso, in modo da tracciare una marcata linea di distinzione dalle condotte di agevolazione di cui agli artt. 270-ter ss. c.p.

Through an analysis of the most recent case law, the Author argues that the conduct of joining a terroristic association cannot be considered only a psychological membership, but must be assessed with respect the effective contribution for the carrying out of the criminal plan of the association pursuant to Article 270-sexies of the Italian Penal Code. The assessment of membership status must be concretely evaluated according to the effectiveness of the criminal structure, in order to distinguish this conduct from the various offences of facilitation provided by Article 270-ter and following of the Italian Penal Code.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il caso “*Fathima*”. – 2.1. Il capo di imputazione e la decisione del GUP. – 3. Il *modus operandi* delle organizzazioni terroristiche di matrice islamico-fondamentalista. – 3.1. La condotta di partecipazione. – 4. La significatività del ruolo rivestito e dell'apporto fornito all'associazione criminale. – 5. Il rapporto tra la condotta di partecipazione e i reati c.d. di sostegno. – 6. Conclusioni

“Invero la legge penale non può che limitarsi a punire la partecipazione – comunque essa avvenga – alle associazioni criminali, e sono queste ultime che, a seconda di come organizzano la propria azione, stabiliscono come, ed in che cosa, detta partecipazione si deve declinare”¹.

1.

Premessa.

La recente esperienza giudiziaria ha mostrato una progressiva apertura verso modelli applicativi più duttili delle fattispecie di partecipazione ad associazioni criminali. L'affermazione della Corte d'assise di Milano è l'eco di una convinzione oramai radicata nel tempo, che lumeggia l'epoca in cui, per contrastare efficacemente l'associazionismo mafioso, ci si doveva chiedere anzitutto che *cos'era*, o addirittura, *se esisteva* la mafia².

Più in generale, lo studio delle manifestazioni del sodalizio criminale e del funzionamento interno dell'associazione, è imprescindibile per la creazione di fattispecie di reato che siano in grado di descrivere in modo puntuale e specifico gli elementi dai quali discende il particolare allarmismo sociale per il fenomeno.

Una volta individuato il paradigma criminologico da stigmatizzare, il compito della legge si esaurisce nella fissazione degli elementi, normativi o descrittivi, della relativa fattispecie; spetterà poi all'interprete applicare il precetto legale, relativizzandolo al caso concreto, in base ai connotati organizzativi del sodalizio criminoso.

Sembrirebbe dunque inopportuno, se non addirittura impossibile, predeterminare *ex ante* – sulla base della semplice valenza semantica del predicato che la descrive – in cosa consista la condotta di partecipazione all'associazione criminale, o quale siano i connotati minimi per ritenere che un soggetto è parte della *societas delinquentium*.

Tali premesse teoriche paiono a fondamento dell'attuale tendenza della giurisprudenza ad allargare le maglie applicative della condotta di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo (art. 270-bis, comma 2, c.p.). In questo modo si vuole adeguare il presidio penale alla repressione di nuclei terroristici ‘a cellula’ o ‘a rete’, in grado di operare a distanza attraverso elementari organizzazioni di uomini e mezzi, facendovi rientrare anche l'operato di coloro che, per la totale autonomia organizzativa, sono stati giornalmente definiti *lupi solitari*. Il riferimento è alla giurisprudenza che si è occupata – e con frequenza sempre maggiore continua a occuparsi – di terrorismo di matrice jihadista.

Le più recenti pronunce di legittimità³ sulla configurabilità del reato di cui all'art. 270-bis, comma 2, c.p. hanno evocato principi estremamente elastici, la cui concreta applicazione tende ad anticipare sensibilmente – in modo anche eccessivo – quella che potremmo definire la “*soglia di partecipazione*” all'associazione terroristica, ritenendo sufficienti, ad esempio, anche mere condotte di propaganda, proselitismo, o arruolamento, purché supportate dall'adesione psicologica al programma criminoso dell'associazione medesima. Le ampie maglie applicative della condotta partecipativa rischiano però di eludere il controllo sulla effettiva incidenza cau-

¹ Corte d'Assise I di Milano, sent. 25 maggio 2016 (dep. 28 luglio 2016), Pres. Mannucci Pacini, Est. Simi de Burgis, imp. Briki e Waqas, p. 7. La pronuncia è disponibile in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2016, con nota di [D. ALBANESE, Partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo ‘Stato Islamico’: una pronuncia di condanna della Corte d'Assise di Milano](#). Sul tema del terrorismo di matrice islamica, in dottrina, v. F. FASANI, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, fasc. 12, pp. 1555-1572; *ID.*, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo Islamico?* in *Criminalia*, 2015, pp. 485-507; V. MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo tra obblighi internazionali e normativa interna di attuazione*, in *Crit. Dir.* 2014, fasc. 3, pp. 225-240; [A. CAVALIERE, Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2015.

² P. GRASSO, *Per non morire di mafia*, ed. Sperling, 2009, p. 32

³ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 2012 n. 46308 in *Guid. Dir.*, 2013, 7, 66; Cass. Pen., sez. V, 08 ottobre 2015, n. 2651.

sale della stessa rispetto al perseguimento dei fini dell'associazione⁴. Inoltre, da un confronto sistematico, emergono alcune discrasie degne di nota.

Una prima avuto riguardo alla elaborazione giurisprudenziale in tema di partecipazione in associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-bis, comma 1, c.p.) e di concorso esterno nella associazione medesima: qui il contributo del reo tende a essere valutato in senso dinamico e funzionalistico⁵, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi.

Una seconda nel rapporto con le numerose condotte, *lato sensu*, di agevolazione alle associazioni terroristiche: l'avanzamento della *soglia di partecipazione* sembra eludere la *voluntas legis* di stigmatizzare specifiche condotte di assistenza e arruolamento in autonome fattispecie di reato.

Passando per l'analisi della più recente casistica di merito, si sosterrà che la condotta di partecipazione, non potendo essere ridotta a mera adesione psicologica dell'agente rispetto al programma criminale dell'associazione⁶, dovrebbe essere valutata alla stregua dell'effettivo contributo alla realizzazione degli scopi e delle finalità di cui all'art. 270-*sexies* c.p., mediante l'accertamento in concreto della effettiva capacità della struttura criminale di mettere in opera il programma criminoso, in modo da tracciare una marcata linea di distinzione dalle condotte di agevolazione di cui agli artt. 270-*ter* ss. c.p.

2.

Il caso "Fathima".

Di particolare interesse, rispetto a quanto in argomento, è la sentenza del GUP di Milano nel processo *Fathima Zabra*⁷, con la quale alcuni imputati sono stati ritenuti partecipi dello Stato Islamico per avere agevolato la conoscenza e celebrazione del matrimonio della combattente Maria Giulia Sergio con Aldo Kobuzi, e la partenza degli sposi alla volta dei territori del Califfato; parimenti Marianna Sergio, sorella della giovane *foreign fighter*, è stata ritenuta partecipe per aver realizzato una profonda opera di persuasione nei confronti dei genitori, per indurli a lasciare l'Italia e raggiungere i territori occupati dall'IS.

La complessa vicenda, oltre ad essere di rilievo mediatico nazionale, ha attirato l'attenzione degli studiosi a causa dei delicati aspetti giuridici che impone di affrontare, tra i quali, ad esempio, la qualificazione dello Stato Islamico come associazione con finalità di terrorismo, e i rapporti tra la fattispecie di partecipazione e quella di arruolamento.

Le ragioni di fatto e di diritto della pronuncia saranno prese in considerazione unicamente con riferimento alla questione che qui interessa: i margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica⁸.

⁴ Un controllo che, secondo l'elaborazione dottrinale della condotta di partecipazione *ex art.* 416-bis c.p., rimane sempre necessario anche nel quadro di un modello organizzatorio-strutturale. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, p. 60 secondo cui «il criterio organizzatorio dovrebbe intrecciarsi con quello causale: da un lato si chiarirebbe che, senza un ingresso nell'associazione, accompagnato dall'assunzione di un ruolo funzionale alla vita della consorteria, non vi è spazio per configurare la partecipazione punibile; dall'altro si radicherebbe la rilevanza penale dell'inserimento organico nel sodalizio nel concreto svolgimento delle funzioni e/o mansioni assegnate».

⁵ Per una riflessione accurata sul modello organizzatorio-strutturale nell'evoluzione giurisprudenziale sull'associazione a delinquere di stampo mafioso si rinvia a C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003 p. 42 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 52, il quale cita la lezione di G. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in MILITELLO-PAOLI-ARNOLD, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Iuscrim, Freiburg 2000, p. 256.

⁶ Nelle more di redazione del presente scritto e della pubblicazione degli atti del Convegno, è stata pubblicata la sentenza Cass. Pen, Sez. V, 14 luglio 2016 (dep. 14 novembre 2016), n. 48001, disponibile in *Dir. pen. cont.*, con nota di R. BERTOLESI, *Indottrinare al martirio non è reato di associazione con finalità di terrorismo*, nella quale i giudici di legittimità ribadiscono la necessità di un accertamento concreto sulla effettiva capacità della struttura criminale di mettere in opera il programma criminoso, prendendo così le distanze da un paradigma ascrittivo legato al mero coefficiente psicologico.

⁷ GUP Milano 23 febbraio 2016 n. 598 imp. M. Sergio e altri.

⁸ Per una più compiuta disamina delle questioni giuridiche affrontate dalla sentenza si veda il commento di R. BERTOLESI, *Il caso Fathima e le condotte di supporto ad un'organizzazione terroristica*, in *Dir. pen. cont.*, 05 luglio 2016, cui si rimanda anche per una più precisa ricostruzione dei fatti su cui si fonda la sentenza.

2.1. *Il capo di imputazione e la decisione del GUP.*

La pronuncia del GUP, che investe la posizione degli imputati che hanno optato per la scelta del rito abbreviato, si apre con una articolata ricostruzione del fatto⁹.

In relazione a questi fatti, il pubblico ministero contesta a Marianna, Baki, Arta, Lubjana e Dritan il reato di cui all'art. 270-*bis*, comma 2, c.p., per essersi associati tra loro all'interno dell'organizzazione terroristica sovranazionale denominata "Stato Islamico", allo scopo di commettere atti di violenza con finalità di terrorismo e di partecipare alle varie attività terroristiche dell'organizzazione tanto all'interno del territorio siriano sottoposto al suo controllo, quanto al di fuori di esso.

Più in particolare, agli imputati sono mosse le seguenti contestazioni:

Marianna Sergio è accusata di avere determinato, la decisione dei genitori di partire per la Siria, di essersi occupata della preparazione del viaggio, nonché di avere svolto attività di indottrinamento nei confronti di altre donne, ribadendo la legittimità e doverosità delle azioni di natura terroristica compite dall'IS;

b) Baki Coku è imputato di avere contribuito ad arruolare Maria Giulia e Aldo nella fila dell'IS, avendo collaborato a organizzare il loro matrimonio e il viaggio degli sposi nei territori occupati;

c) Arta Kacabuni, è accusata dei medesimi fatti addebitati a Coku;

d) Lubjana Gjeczaj è imputata di avere provocato, nel settembre 2014, la conoscenza tra Maria Giulia e Aldo Kobuzi, nonché di avere offerto la propria abitazione per la celebrazione del matrimonio dei due;

e) Dritan Gjeczaj, infine, è accusato di aver favorito la celebrazione del matrimonio tra il giovane albanese e la ragazza italiana, avendo offerto la propria casa come luogo della cerimonia, e di aver contattato l'imam che ha presieduto la funzione.

Il GUP del Tribunale di Milano ha ritenuto di dover condividere la tesi accusatoria, fatta eccezione per la posizione del solo Dritan Gjeczaj.

L'impianto motivazionale della sentenza affronta e risolve una questione giuridica assai complessa ovvero la possibilità di qualificare le condotte di ciascuno degli imputati come attività di partecipazione nell'associazione terroristica. Il Giudice, ricostruita la nozione di partecipe, alla luce del quadro normativo e dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, ritiene che le azioni commesse dagli imputati, negli esatti termini di cui ai rispettivi capi di

⁹ La famiglia Sergio (di quattro componenti: il padre Sergio Sergio, la madre Assunta Buonfiglio e le due figlie, Marianna e Maria Giulia), residente ad Inzago, Milano, si converte all'Islam nel 2009, abbracciandone la visione più radicale. Le figlie Marianna e Maria Giulia, infatti, entrano in contatto via *skype* con un gruppo di studio e preghiera della religione islamica, vicino ad ambienti fondamentalistici. Dopo alcuni anni, la sorella minore Maria Giulia, *alias* "Fathima Zahra" – da cui l'epiteto giornalistico della vicenda – maturata una forte propensione ideologica di matrice jihadista, esprime il desiderio di venire a nozze con un uomo che, come lei, abbia una concezione radicale della fede islamica, tale da essere disposto a trasferirsi in Siria, nei territori del Califfato: il matrimonio con un combattente le permetterebbe di entrare a far parte dello Stato Islamico e di abbandonare definitivamente le terre occupate dagli infedeli.

Sul finire dell'estate del 2014, partecipando ad una manifestazione religiosa nel bergamasco, Maria Giulia conosce Lubjana Gjeczaj, una giovane albanese residente a Treviso, sposata con Dritan Gjeczaj, la quale rivela di conoscere un connazionale di nome Aldo Kobuzi, appartenente ad una famiglia di combattenti, che è interessato a trovare una moglie prima di emigrare in Siria per prendere parte alla *jihad*.

La proposta viene accolta con entusiasmo da Maria Giulia, tanto che, a settembre del 2014, Aldo Kobuzi giunge in Italia per contrarre matrimonio con la giovane. Sbarcato a Bari, si trasferisce per qualche giorno a Scansano, in casa di suo zio Baki Coku, che vive insieme a Donika Coku, madre di Aldo, e ad Arta Kacabuni, zia del ragazzo albanese.

La settimana seguente, la famiglia albanese si reca a Treviso per il matrimonio tra Aldo e Maria Giulia; qui viene accolta ed ospitata da Lubjana e Dritan Gjeczaj. Il matrimonio islamico tra Aldo e Maria Giulia viene presieduto da un *imam* contattato da Dritan.

Dopo la cerimonia, la famiglia albanese accompagna gli sposi a Scansano dove iniziano i preparativi per il trasferimento in Siria. La zia dello sposo, Arta Kacabuni, acquista i biglietti aerei per Istanbul; il 21 settembre Maria Giulia e Aldo partono alla volta della Turchia. Giunti a destinazione, essi contattano un reclutatore interno all'IS, che fornisce loro istruzioni su come comportarsi e raggiungere le aree sottoposte al controllo dello stato islamico e, dopo una manciata di settimane, arrivano in una cittadina del nord della Siria, occupata dalle forze islamiche. Dall'arrivo in Siria, Maria Giulia inizia una profonda opera di persuasione nei confronti dei familiari rimasti in Italia, allo scopo di convincerli a trasferirsi nelle "terre sante".

Dalle intercettazioni telematiche emerge con chiarezza la totale adesione della giovane combattente ai principi dello Stato Islamico, nonché l'effettivo inserimento nell'apparato dell'organizzazione. In più occasioni riferisce a sua sorella Marianna delle stragi compiute dal marito Aldo, dei corsi di religione da lei stessa tenuti, e di come abbia perfino imparato a sparare con il *kalashnikov*. Marianna vorrebbe accogliere l'invito di Maria Giulia a recarsi nei territori occupati, ma ritiene di dover prima convincere i genitori, i quali, si mostrano inizialmente contrari. La loro indecisione non fa però desistere le due sorelle, che proseguono nell'opera di persuasione: la pressione nei confronti dei genitori aumenta e i toni si fanno, a tratti, perfino minacciosi. Nel luglio del 2015, Sergio e Assunta si risolvono finalmente a partire, insieme alla figlia Marianna, ma mentre fervono gli ultimi preparativi, la famiglia viene tratta in arresto.

imputazione, siano sufficienti a renderli 'parte' dello Stato Islamico¹⁰.

Quanto all'elemento psicologico, il Tribunale ritiene che esso debba considerarsi provato rispetto ai primi quattro imputati in ragione del contesto di totale radicalizzazione degli stessi e della loro volontà di coinvolgersi *"in una scelta di vita indirizzata alla condivisione ed al perseguimento della peculiare finalità di terrorismo che connota l'attività dell'organizzazione"*.

La sentenza richiama l'orientamento della Corte di Cassazione¹¹ secondo cui la condotta partecipativa può assumere una connotazione assai ampia, tale da potervi ricomprendere anche condotte di proselitismo, diffusione di documenti di propaganda, assistenza agli associati, arruolamento, in base alle concrete modalità operative dell'associazione terroristica.

Siffatto orientamento si è andato consolidando a causa dell'emersione del terrorismo di matrice jihadista, caratterizzato dalla diffusione su ampia scala della dottrina islamica fondamentalista e dalla nascita di nuclei operativi autonomi, che, pur in assenza di collegamento logistico o funzionale con l'organizzazione principale, compiono, o si propongono di compiere, atti dimostrativi violenti.

3. Il *modus operandi* delle organizzazioni terroristiche di matrice islamico-fondamentalista.

Conviene anticipare che, dal punto di vista argomentativo, la sentenza di condanna avrebbe forse meritato qualche considerazione più approfondita, quantomeno circa l'effettivo inserimento degli imputati in un ruolo, seppur marginale all'interno dello Stato Islamico¹².

Ma rinviando al prosieguo le considerazioni critiche, prese le distanze dalla vicenda giudiziaria milanese, sembra opportuno gettare uno sguardo alla elaborazione giurisprudenziale della condotta di partecipazione ad associazione terroristica, per poi valutarne le conclusioni dal punto di vista della coerenza normativa e sistematica.

La condotta di partecipazione è compendiata in relazione alle singolarità organizzative dell'associazione criminale, che, nel caso del fondamentalismo islamico, raggiunge una conformazione assai diffusa e disarticolata.

La nascita del terrorismo individuale di matrice islamista, improntato a un modello orizzontale, e quindi caratterizzato dalla *"frammentazione estrema del fattore umano"*, delinea nuove forme di partecipazione e mette evidentemente a dura prova le categorie pensate e costruite per le *"comuni associazioni per delinquere"*, che addirittura, rischiano di essere *"fuorvianti"*¹³.

L'organizzazione terroristica denominata Stato Islamico, in particolare, persegue i suoi fini attraverso:

a) la pianificazione di attentati in cui i terroristi sono pronti a sacrificare la propria vita; il che richiede un basso livello di organizzazione per la riuscita dell'attentato stesso, giacché, ad esempio, non occorre pensare a come assicurarsi l'impunità;

b) l'individuazione e la selezione di obiettivi facili, che non richiedono alcuna attività preparatoria, essendo possibile bersaglio ogni miscredente, ampia categoria nella quale rientrano atei, apostati o ipocriti, *"ovvero gente comune che rappresenta uno stile di vita o un credo diversi da*

¹⁰ Il Giudice condanna i primi quattro imputati per il reato di partecipazione in associazione di stampo terroristico con pene che vanno dai 5 anni e 4 mesi di reclusione a carico di Marianna Sergio ai 2 anni e 8 mesi a carico di Baki Coku; Dritan Gjocaj deve invece essere assolto, per avere tenuto una condotta marginale nell'ambito dell'intera vicenda, e per non avere l'*affectio societatis* che caratterizza gli altri imputati.

¹¹ *Ex multis*, Cass. Pen sez. VI, 12 luglio 2012 n. 46308 in *Foro It.* 2013, 7-8, II, 434.

¹² La sentenza di condanna di fonda su prove inconfutabili della intima e profonda adesione degli imputati ai principi del fondamentalismo islamico, ma non problematizza affatto circa l'effettività dell'inserimento degli asseriti partecipi all'interno della struttura organizzativa dell'Isis.

¹³ In corsivo alcuni incisi della Corte di Assise di Milano, sent. 25 maggio 2016 (dep. 28 luglio 2016), Pres. Mannucci Pacini, Est. Simi de Burgis imp. Briki, p. 5 e seguenti, *cit sub* nota 1. Il caso riguarda due soggetti, conoscenti di vecchia data, imputati del delitto p. e p. dall'art. 270-bis, comma 2, c.p. In particolare uno di essi aveva pubblicato sul *social network Twitter* centinaia di messaggi volti ad esaltare e sostenere l'attività dello Stato Islamico e ad intimidire la popolazione. Nei suoi *"tweets"* l'imputato spendeva il nome dell'I.S., annunciandone la presenza in Italia e minacciando l'imminente compimento di azioni terroristiche (*"siamo già a Roma... manca poco nostre coltelli sono affilati e pronti per la macellazione"*); egli pubblicava poi numerose foto manoscritte, ritraenti sullo sfondo noti luoghi milanesi quali la Stazione Centrale e Piazza Duomo (*"ora agiamo con le foto nelle vostre strade... presto agiremo con i nostri coltelli affilati... il futuro non è lontano... #Islamic_State_in_Rome"*). Inoltre, era stata altresì rintracciata la pubblicazione della nota formula del giuramento di fedeltà al Califfo Abu Bakr al Baghdadi.

Identificato l'utente dei profili *"twitter"*, gli inquirenti ottenevano l'autorizzazione ad avviare attività di intercettazione nei suoi confronti, e già dalle prime conversazioni intercettate emergeva il coinvolgimento anche del secondo imputato. E' emerso, poi, che i due avevano discusso dei possibili *escamotages* da adottare per raggiungere la Siria senza essere bloccati alle frontiere o se fosse più opportuno attuare il *jihad* in Italia anziché raggiungere le fila dell'I.S.

quelli professati dal Califfato”;¹⁴

c) la semplice adesione psicologica, giacché non sono necessari particolari riti di iniziazione o selezioni all'entrata;

d) la rivendicazione delle azioni terroristiche e dei misfatti commessi in nome dell'organizzazione che non ha interesse alcuno alla segretezza del proprio operato.

Alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹⁵, evidenziano la straordinaria pericolosità dell'I.S., derivante in particolare da alcuni fenomeni diffusi e difficilmente arginabili: quello dei foreign fighters ovvero coloro che – come la giovane Maria Giulia Sergio – decidono di raggiungere il territorio occupato dall'I.S. e combattere per esso; e quello dei c.d. lupi solitari, con cui si indica chi, in maniera totalmente autonoma, si risolve a fare *jihad* nel paese in cui risiede¹⁶.

L'associazione terroristica denominata Stato Islamico non ha, pertanto, confini spaziali, e si propone di operare tanto nei territori occupati, quanto negli Stati occidentali. L'adesione agli ideali del fondamentalismo jihadista comporta sì la necessità che ogni musulmano si renda attivista, ma ciò può essere realizzato anche senza trasferirsi nei territori occupati. La dottrina «ti insegna come essere un agente segreto che fa cose autonomamente, tu sei uno che non dipende da nessun tipo di gruppo, la tua sola connessione con lo stato islamico è ideologica... il tuo primo scopo sarà continuamente imparare informazioni ed estenderle. Questo è quello che ci legherà insieme»¹⁷.

3.1. *La condotta di partecipazione.*

Un fenomeno così disarticolato, in cui ogni individuo può da sé attuare il programma dell'organizzazione terroristica, non può che porre delle difficoltà nell'individuazione del momento a partire dal quale possa dirsi che un soggetto partecipa alla stessa, ai sensi dell'art. 270-*bis*, comma 2, c.p.

Ebbene, con riferimento a strutture organizzative "cellulari" o "a rete", che si caratterizzano per l'estrema flessibilità, in grado cioè di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che di volta in volta si presentano, in condizione da poter operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete la fattispecie associativa deve ritenersi integrata anche da «un sodalizio che realizza condotte di supporto all'azione terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi, alla predisposizione o acquisizione di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento, ossia a tutte quelle attività funzionali all'azione terroristica, alcune della quali integranti anche fattispecie delittuose autonome»¹⁸.

Non occorre, dunque, uno stabile inserimento nell'apparato dell'associazione, né l'attribuzione di specifiche funzioni: «per partecipare e rafforzare una siffatta associazione è sufficiente che il partecipe si metta 'a disposizione' della rete per attuare il disegno terroristico», o, ancor più semplicemente, «che segnali ad essa i propri progetti criminosi affinché questa li possa rivendicare»¹⁹.

In breve, la giurisprudenza ritiene che l'organizzazione terroristica transnazionale vada pensata, non come una struttura statica, bensì come una "rete": non sarebbe quindi necessario che ogni partecipe abbia contatto con il nucleo centrale dell'organizzazione, essendo sufficiente il collegamento con un singolo 'nodo' della rete stessa.

Quanto ai requisiti dimensionali minimi per la configurabilità del delitto di associazione

¹⁴ D. ALBANESE, *Partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo 'Stato Islamico'*, cit. nel riprendere le parole dell'estensore della sentenza da ultimo citata.

¹⁵ La Risoluzione n. 2249 del 20 novembre 2015, ha qualificato l'IS come organizzazione avente finalità di terrorismo; in precedenza di annoverano le risoluzioni n.2199 e 2214 del 2015; n. 2170 e 2178 del 2014.

¹⁶ Si tratta di due diverse declinazioni della chiamata individualizzata al *jihad* lanciata dal Califfo Al Baghdadi, secondo cui ogni vero musulmano dovrebbe raggiungere il territorio del Califfato, ovvero, in alternativa, dovrebbe combattere contro i "miscredenti" nel Paese di provenienza.

¹⁷ L'affermazione, tratta dai paragrafi iniziali del libro "How to survive in the west: a mujahid's guide", di ampia diffusione tra i sostenitori del Califfato, esprime chiaramente un messaggio di spiccato individualismo nel perseguimento dei fini dell'IS, che quindi, istituzionalmente, non si propone di avere un apparato organizzativa concentrato. L'opera, trovata in possesso degli imputati, è citata da Corte Ass. Milano 25 maggio 2016, Briki, cit, p. 5

¹⁸ Da ultimo Cass. Pen, sez. I, 11 dicembre 2015 n. 22126

¹⁹ Corte Ass. Milano 25 maggio 2016, Briki, cit, p. 46

con finalità di terrorismo, è sufficiente l'esistenza di una struttura organizzata, «anche elementare, che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'esecuzione di parte del programma criminoso»²⁰. Ma un siffatto accertamento è tendenzialmente omesso rispetto ai nuclei terroristici affiliati all'IS, che – come si è detto – non sono dotati di una organizzazione di uomini e mezzi tale da mettere in pericolo l'ordine pubblico; in molti casi il compimento di atti con finalità di terrorismo passa per l'iniziativa dei singoli, anche non associati fra loro. In questi casi la giurisprudenza tende a “recuperare” il *minimum* organizzativo necessario attraverso l'inserimento dei partecipi nella più ampia associazione terroristica dello Stato Islamico: perde di rilevanza la circostanza che la cellula terroristica locale non abbia, di per sé, la disponibilità di risorse economiche o di un apparato organizzativo stabile, purché vi sia adesione psicologica ai principi e al programma dell'associazione transnazionale e un concreto sostegno all'opera di diffusione del messaggio criminale, sostenuti da contatti, anche sporadici con l'associazione “madre”.

Si potrebbe dire che la chiamata al *jihad* lanciata dall'I.S. integri un generale invito ad aderire all'organizzazione raggiungendo i territori del Califfato, ovvero attuando il conflitto altrove.

Ma tali premesse non possono che suscitare alcuni interrogativi: qual è il confine tra la mera adesione psicologica al programma dell'associazione e l'assunzione del ruolo di partecipe alla stessa? È necessario che il partecipe sia inserito nella struttura, anche in modo marginale, o gli siano attribuite determinate funzioni?

Il primo interrogativo è stato risolto nel senso che alla condotta di partecipazione debbano rimanere estranee le manifestazioni di un'adesione meramente psicologica. L'associazione con finalità di terrorismo è un reato di pericolo presunto diretto ad apprestare tutela «contro uno specifico programma di violenza e contro coloro che a tale programma aderiscono proponendosi il compito di realizzare atti di violenza con finalità di eversione dell'ordine democratico, intendendosi per programma l'insieme di propositi concreti e attuali di violenza e non posizioni meramente ideologiche»²¹

Al fine di accertare l'adesione al programma criminoso al di là della semplice condivisione ideologica, in giurisprudenza sono stati ritenuti elementi concreti, denotanti la partecipazione all'associazione, tutti quei «propositi eversivi degli aderenti espressi con reiterate manifestazioni di disponibilità a partire per “fare jihad” e con la ricerca di un contatto operativo che consentisse loro di tradurre in pratica i propositi di morte»²². Occorre, in altre parole, che sia manifestata la volontà di aderire, *rectius* perseguire, uno o più punti del programma criminale dell'associazione con finalità di terrorismo.

Trattandosi di un elemento riferibile alla sfera psichica del soggetto, il *discrimen* sarà tracciato alla stregua delle singolarità del caso e, soprattutto, delle condotte prodromiche poste in essere da chi si assume essere partecipe.

In astratto, si può affermare che l'adesione psicologica a un programma criminale (e non a una mera ideologia) sia contraddistinto dalla particolare serietà della *professio* del reo, che si concretizza nell'accettazione (e nel perseguimento) di specifiche azioni delittuose, con propositi concreti ed attuali di violenza.

Ricapitolando, sembra che la presenza di una struttura operativa assai rudimentale e poco tangibile, sia la causa primaria della tendenza giurisprudenziale all'avanzamento della *soglia di partecipazione*. L'indagine sulla sussistenza o meno del delitto di cui all'art. 270-bis, comma 2, c.p. sembra essere eccessivamente legata alla componente psicologica del reato; si registra un «percepibile spostamento del baricentro valutativo»²³ verso la componente psichica del delitto, a scapito dell'accertamento sull'effettivo inserimento del soggetto della compagine degli associati a delinquere con finalità di terrorismo.

L'avanzamento di detta soglia, pur rispondente a comprensibili esigenze repressive, dà luogo a incongruenze rispetto agli approdi giurisprudenziali in punto di partecipazione nell'as-

²⁰ Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 2012 n. 46308 in Cass. Pen. 2013, 12, 4438 ; Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 2012 n. 46308 in *Guid. Dir.* 2013, 7, 66.

²¹ Sul punto, Cass. Pen., sez. I, 15 giugno 2006, n. 30824 in *Guid. Dir.*, 2006, p. 44 ss secondo cui “per l'esistenza del reato di cui all'art. 270 bis c.p., pur se costruita come reato di pericolo presunto, non è sufficiente l'adesione a una astratta ideologia – per quanto odiosa e brutalmente manifestata – ma è necessaria la predisposizione di un concreto progetto di azioni eversive, non differenziandosi sotto questo aspetto la sua struttura da quella degli altri reati associativi previsti dal codice. Pertanto la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato”.

²² Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 2012 n. 46308 cit.

²³ L'espressione è mutuata dalla sentenza, più volte menzionata, Corte Ass. Milano 25 maggio 2016, Briki, p. 9

sociazione a delinquere di stampo mafioso, e, d'altro canto, pone problemi nel rapporto con le fattispecie di reato che incriminano le condotte di supporto alle associazioni di cui all'art. 270-*sexies* c.p.

Sarà pur vero, come recita l'inciso in epigrafe, che la legge penale non può che limitarsi a punire la partecipazione alle associazioni criminali, poiché sono queste ultime, in base come operano, a stabilire il *quomodo* della partecipazione; ma si deve comunque adottare un criterio valutativo che rispetti le esigenze di coerenza intrasistemica e l'architettura fondante della teoria del reato associativo.

4.

La significatività del ruolo rivestito e dell'apporto fornito all'associazione criminale.

Il baricentro valutativo non può disancorarsi, anzitutto, dall'indagine sul ruolo rivestito dal soggetto all'interno dell'associazione. La chiamata al *jihad* può essere onorata anche attraverso il perseguimento dei propositi criminosi in modo autonomo, senza contare sull'appoggio di una struttura organizzativa o in contatti con l'associazione "madre". Non potrebbe parlarsi – a meno di non voler adottare una *fictio* – di un "effettivo ruolo" rivestito, in seno all'IS, dai singoli seguaci del fondamentalismo islamico. L'accertamento della materialità del reato si sposta, inevitabilmente, sul piano dell'effettivo contributo fornito da chi si assume essere associato al perseguimento del programma criminoso, che è cosa diversa dall'attribuzione di specifici compiti e funzioni.

Si è detto che nella prassi, la tendenza è quella di ricondurre all'associazione denominata Stato Islamico le condotte di proselitismo, indottrinamento, e arruolamento compiute da cellule locali o territoriali. Assai raramente la giurisprudenza ha ritenuto che tra membri operanti sul territorio di uno Stato si fosse costituita una associazione con finalità di terrorismo autonoma rispetto all'IS²⁴. In questo modo la tesi accusatoria risulta, senza dubbio, di più agevole dimostrazione poiché da una parte la natura terroristica dell'IS è stata più volte dichiarata a livello internazionale; dall'altra non vi è necessità di verificare se gli attivisti locali abbiano dato vita a una struttura organizzativa stabile, ancorché elementare, idonea all'esecuzione di parte del programma criminoso.

Ma così opinando si rischia di tradire la realtà dei fatti e di inquadrare come "partecipi" anche coloro che con lo Stato Islamico non hanno contatti ulteriori rispetto al mero *sharing* di informazioni mediante i più diffusi *social network*. La partecipazione, affinché possa dirsi giuridicamente tale, dovrebbe tuttavia postulare l'inserimento effettivo nei ranghi dell'associazione, attraverso la presa di contatto con soggetti stabilmente legati alla cellula 'madre', che abbiano fornito direttive di azione per i lontani associati.

Autorevolmente si è affermato in dottrina²⁵ che la materia dei reati associativi costituisce un luogo privilegiato per osservare i rapporti tra riserva di legge e ruolo costruttivo della giurisprudenza. Rispetto al tema che ci occupa, pare che il rapporto sia squilibrato verso il creativismo giurisprudenziale ai danni del rispetto del principio di tipicità della fattispecie penale. Prima di entrare nel merito della questione, si ripercorrerà in sintesi, l'elaborazione pretoria della condotta di partecipazione rilevante *ex art. 270-bis* c.p.

Invero, la giurisprudenza in tema di terrorismo, tendenzialmente, mutua il concetto di condotta di partecipazione in associazione criminale dalla consolidata elaborazione dottrinale²⁶ e giurisprudenziale sui reati associativi di stampo mafioso, in base alla quale si definisce partecipe colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo "è" ma "prende parte" alla stessa: locuzione questa da

²⁴ Un esempio è pratico si rinviene nel caso sottoposto alla Corte di assise di Milano in cui gli imputati, che agivano in due, sono stati condannati non per aver costituito un'autonoma associazione terroristica, bensì per aver partecipato – non diversamente dai soggetti coinvolti nella vicenda "Fathima Zahra" – allo Stato Islamico.

²⁵ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 2001 p. 353, richiamato, più di recente da MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. p. 100.

²⁶ In argomento, senza pretese di esaustività, G. NEPPI MODONA, *Criminalità e reati associativi*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione a delinquere*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 858 ss; V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, p. 165 ss; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003 p. 42 ss. G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incostante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1326 ss.

intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'«*effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate dalla medesima*»²⁷.

La partecipazione e intraneità del soggetto sono i poli di una endiadi: la condotta di partecipazione è riferibile solo a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare non tanto uno *status* di appartenenza, quanto un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato prende parte al fenomeno associativo tramite un concreto agire, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi.

L'impostazione delle Sezioni Unite *Mannino* rifiuta l'idea di una affermazione di responsabilità da posizione o da *status* mafioso: in tanto può darsi partecipazione, in quanto il reo volontariamente abbia posto in essere – tramite un *facere*, ma anche un *non facere*, omettendo attività alle quali sia giuridicamente tenuto – un contributo idoneo alla perpetrazione del reato associativo, tale comunque da poter considerare il soggetto organicamente inserito nella struttura²⁸. La concreta soglia minima di partecipazione penalmente significativa deve essere dunque individuata nella condotta di chi presti un consapevole contributo²⁹ alla vita del sodalizio, conoscendone le caratteristiche e con l'intento di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e omertà che ne derivano, per realizzare le finalità previste dal terzo comma della medesima disposizione. In passato è stata seguita, sia in dottrina³⁰ che in giurisprudenza³¹ una definizione della condotta partecipativa anche sul piano causale, subordinata cioè all'accertamento della prestazione di un contributo concretamente idoneo a sostenere l'operatività del sodalizio; da qui la prassi si è poi consolidata nell'attribuire preminente rilevanza all'organico inserimento del soggetto nella compagine criminosa.

²⁷ Cass. Pen. Sez. Un., 12 luglio 2005 n. 33748, imp. *Mannino* in Cass, Pen, 2005, n. 12 p. 3732 ss. Il *decisum* viene richiamato spesso in giurisprudenza Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 13 aprile 2012, *Spitaleri* in *Arch. Pen.* n. 3/2012 con nota di L. CIANFERONI, *La condotta di partecipazione in associazione criminale*, nella quale la Suprema Corte ribadisce il principio di diritto secondo cui, in tema di partecipazione ad associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p., per la sussistenza del reato occorre che la condotta dell'imputato si sostanzi non in una "tendenziale disponibilità" a "mettersi a disposizione" dell'associazione ma in un ruolo dinamico funzionale inequivocabilmente finalizzato alle conseguenze fattuali e modali tracciate dal comma 3 della disposizione, in esplicazione dell'intraneità del soggetto agente.

²⁸ La genericità della definizione normativa della condotta di partecipazione ha imposto, nell'esperienza giudiziaria, la necessità di attribuire univoco contenuto al relativo concetto non essendo sufficientemente specificata quale debba ritenersi la soglia minima di rilevanza penale della condotta del partecipe all'associazione di tipo mafioso. È evidente, in tal senso, che la condotta *de qua* debba ricondursi ai principi di materialità e offensività cui è improntato il sistema penale, con esclusione di tendenze che valorizzino meri atteggiamenti psicologici; il dettato normativo, pur generico, richiede infatti che il soggetto agente faccia parte del sodalizio e dunque che «*esplichi un'attività, svolga un ruolo all'interno di una struttura che lo abbia accettato in qualità di suo membro o affiliato. Il concetto di partecipazione, in sé estremamente ampio deve essere allora ricondotto al più ristretto ambito che la categoria assume se riferita ad un organismo specifico qual è un'associazione, ed in particolare, un'associazione di tipo mafioso. Il partecipe [...] è soprattutto un associato, un soggetto che unitamente ad altri rappresenta la componente umana di una struttura complessa che, pur differenziabile nelle sue parti (uomini, mezzi, risorse etc.) assume valenza unitaria sul piano giuridico e sociale, e proprio perché alla base della sua genesi vi è un patto associativo, che, prima ancora di prevedere l'impiego di determinati apparati strumentali o lo svolgimento di specifiche attività, comporta una solidarietà ed una coesione tra i suoi membri tale da far apparire questi ultimi parte di un unico organismo*» (così L. DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, p. 61).

²⁹ L'elemento della stabilità e della continuità dell'apporto causale o della disponibilità manifestate dal soggetto agente costituiscono momento determinante nella verifica della riconducibilità della condotta alla fattispecie di partecipazione piuttosto che alle diverse ipotesi agevolative di cui agli artt. 378 e 418 c.p. In tema sarà approfondito nel paragrafo seguente.

³⁰ Sul punto, si richiamano le riflessioni di G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015, 354 ss.; L. LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, cit. p. 61 ss.; A. CORVI, *Alla ricerca del 'fatto' penalmente rilevante nei delitti associativi*, nota a Cass. sez. VI pen. 10 gennaio 2014, n. 695 in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2015, fasc. 1, pp. 375-386; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto 'polemogeno'*, in *Arch. Pen.*, 2012, fasc. 2, pp. 499-513.

La premessa teorica dell'impostazione causale è che, trattandosi una tipica ipotesi di reato a forma libera, caratterizzata da dolo specifico, la condotta di partecipazione possa ben consistere in qualsiasi contributo, purché non meramente occasionale, anzi apprezzabile e concreto, all'esistenza o al rafforzamento dell'associazione, accompagnato dalla consapevolezza e volontà di associarsi per perseguire gli scopi del sodalizio criminoso, avvalendosi del metodo mafioso, scopi che, non necessariamente debbono essere effettivamente e concretamente raggiunti. L'atto di associazione non presuppone indefettibilmente un formale inserimento nell'ambito dell'organizzazione criminosa, non potendosi escludere, anche in assenza di procedure di formale affiliazione o legalizzazione, che il soggetto agente ponga in essere condotte significative di una piena partecipazione al sodalizio, come può opportunamente desumersi, sul terreno dell'accertamento probatorio, dalla reiterazione di comportamenti coerenti con l'esercizio di funzioni rilevanti che possano assumere valenza di indici rivelatori, sotto il profilo psicologico, della cd. *affectio societatis*.

³¹ Il modello causale è venuto lentamente meno con l'affermazione dell'impostazione c.d. organizzativa della condotta di partecipazione, ma non è comparso del tutto. Di recente la Suprema Corte sembra aver richiamato il concetto in una sentenza sui rapporti tra partecipazione e concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso (Cass. Pen., sez. VI, 13 aprile 2012, *Spitaleri* cit.), nella quale si legge: «*Ai fini della punibilità, la condotta partecipativa ad una associazione per delinquere di stampo mafioso non può esaurirsi nella mera manifestazione di volontà del singolo di aderire all'associazione che sia già formata. Al contrario, è necessaria la prestazione da parte del soggetto di un effettivo contributo, destinato a fornire efficacia al mantenimento in vita della struttura o al perseguimento degli scopi di essa*».

I connotati di dinamicità e funzionalità – cui fanno riferimento le S.S. U.U. – sono propri di una condotta avente carattere permanente; si coglie così la differenza tra condotta di partecipazione e il concorso c.d. esterno ex artt. 110 e 416-bis c.p.³² Il ruolo è espressione di una condotta permanente e non occasionale; l'apporto fornito all'associazione in singoli episodi, da parte di chi è privo dell'*affectio societatis scelerum*, potrà essere valutata come concorso esterno. Ma la semplice "messa a disposizione" non integra, da sola, la condotta di partecipazione³³.

L'approdo delle Sezioni Unite sull'essenza della condotta di partecipazione ex art. 416-bis c.p. è il frutto di un travagliato percorso; fino agli anni Novanta la giurisprudenza in materia era segnata dalla dilatazione applicativa, al massimo grado, della nozione di partecipazione associativa di tipo mafioso "in un contesto normativo d'insieme che – nella prospettiva specifica di lotta alle organizzazioni mafiose – ha visto crescere le ragioni e gli strumenti della tutela di natura coercitiva"³⁴.

Mutatis mutandis, sembra che la tendenza "teleologicamente" espansiva che ha riguardato la condotta di partecipazione alla cosca mafiosa stia oggi interessando la partecipazione all'associazione terroristica. Diversa è la fenomenologia criminosa da reprimere, ma identiche le esigenze di stigmatizzazione sociale e politico-istituzionale del fenomeno.

La recente elaborazione giurisprudenziale in tema di partecipazione ex art. 270-bis c.p. ai nuclei terroristici di matrice islamico fondamentalista richiama alla mente il "modello onnivoro" denunciato dalla dottrina rispetto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Un modello che finisce «per attrarre nell'area di operatività della fattispecie l'intera gamma delle condotte in astratto funzionali alla vita dell'associazione»³⁵.

Un modello che, a detta di chi scrive, non va esente da critiche sul piano dei principi generali della materia penale: l'avanzamento della "soglia di partecipazione" rischia di minare alle fondamenta il principio di tipicità penale³⁶ e la correlativa tassatività nell'applicazione della fattispecie.

A quel "far parte" dell'associazione, infatti, non può attribuirsi il solo significato di condivisione meramente psicologica del programma criminoso e delle relative metodiche, bensì quello, più pregnante, di una concreta assunzione di un ruolo materiale all'interno della struttura criminosa, manifestato da un impegno reciproco e costante, funzionalmente orientato alla struttura e all'attività dell'organizzazione criminosa. La configurabilità, in questi termini, della condotta partecipativa del singolo associato riflette la *ratio* della punibilità del vincolo associativo criminale: in tanto vi è reato, in quanto la struttura organizzativa abbia un livello di effettività che renda possibile la realizzazione del progetto criminoso³⁷. Per l'esistenza del reato, è necessario, in primo luogo, l'individuazione di atti terroristici posti come obiettivo dell'associazione, quanto meno nella loro tipologia; e, in secondo luogo, la capacità della struttura associativa di dare agli atti stessi effettiva realizzazione.

Chiaramente, i principi elaborati dalla giurisprudenza avendo a mente la struttura organizzativa tipica delle associazioni di stampo mafioso non potranno *sic et simpliciter* essere estesi alla condotta partecipativa in associazioni aventi finalità di terrorismo, specialmente ove le stesse operino in modo assai diverso, attraverso una propaganda di massa e la istigazione a delinquere di chiunque voglia aderirvi. Con il tracciato parallelismo si vuole evitare l'acritica assimilazione tra i due paradigmi criminologici, sostenendo però l'idea dell'esistenza di mar-

³² Per spunti critici sull'istituto del concorso esterno nel reato associativo, in relazione alla dogmatica tradizionale del concorso di persone nel reato, v. V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, 135 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, n. 2/2012, 12 s. In chiave critica v. pure MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. p. 99 ss.

³³ Il soggetto 'a disposizione' non coincide necessariamente con la figura del membro dell'associazione: colui che è a disposizione dell'associazione mafiosa non per questo va considerato alla stregua di una persona sottoposta a vincoli di soggezione gerarchica o, diversamente, ha potere di impartire ordini.

³⁴ Così V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 49 nel ritenere che l'estensione pretoria della condotta di partecipazione all'associazione mafiosa abbia trovato fondamento in ragioni di stigmatizzazione sociale e politico-istituzionale del fenomeno mafioso.

³⁵ Testualmente MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 51 che, sul punto, esprime una opinione fortemente critica: "la prassi si è, in sostanza, incaricata di superare la tradizionale funzione garantistico/selettiva storicamente adempiuta dalla tipicità penale [...]".

³⁶ In argomento, per completezza ed esaustività, si rimanda per tutte all'opera di M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, i cui pregi sono stati recentemente posti in luce da M. DONINI, *Il concorso esterno alla vita dell'associazione e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017.

³⁷ Cfr. Cass. Pen, 08 ottobre 2015 n. 2651, Nasr Osama, Rv. 265924; Cass. Pen. 12 luglio 2012 n. 46308, Chabchoub, Rv. 253943.

gini di "tipicità condivisa" tra le fattispecie associative³⁸.

Di conseguenza, quale che sia il *modus operandi* dell'associazione e la struttura organizzativa che la caratterizza, rimane ferma la necessità di valutare l'effettivo inserimento all'interno di essa; e ciò a prescindere dal rigido e formalistico inquadramento in un "ruolo"³⁹. Tale fase è preordinata alla dimostrazione della reale capacità della struttura criminale di mettere in opera il programma criminoso, laddove la mera condivisione ideologica di intenti terroristici, cioè la generica tensione del gruppo verso la finalità terroristica, non è sufficiente alla dimostrazione di un vincolo associativo punibile ai sensi dell'art. 270-bis. La condotta partecipativa dovrebbe essere tipizzata facendo riferimento al modello c.d. organizzatorio, che affievolisce il rischio di appiattare la tipicità della partecipazione su profili di disvalore antropologico-soggettivo, quali la mera adesione psicologica, che tanta tensione determinano rispetto al paradigma del diritto penale del fatto colpevole⁴⁰.

In quest'ordine di idee, il connotato minimo⁴¹ della condotta di partecipazione all'associazione criminale presuppone che sia raggiunta la prova dell'effettivo inserimento dell'agente nella struttura organizzata; un'evidenza che potrà essere logicamente tratta dal contributo materiale fornito oppure dall'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma dell'associazione⁴².

Del resto, l'interpretazione della condotta di partecipazione dovrebbe essere coerente con gli approdi del diritto vivente, da cui trae linfa l'istituto del concorso esterno. La definizione della partecipazione associativa deve tener conto della pervadente area della "contiguità" criminale: l'accoglimento di una nozione ristretta di partecipe favorisce una distinzione della figura del concorrente eventuale, «rimuovendo un non trascurabile ostacolo alla relativa legittimazione sul piano dogmatico-interpretativo, oltre che sul terreno della plausibilità politico-criminale»⁴³.

A ben vedere, l'abdicazione dell'istituto del concorso esterno in tema di associazione per delinquere di stampo terroristico (artt. 270-bis e 110 c.p., rarissimo nella prassi) trova ragione d'essere, ad avviso di chi scrive, non tanto nel difetto di manifestazione empirica del fenomeno (area della "contiguità terroristica"), quanto piuttosto nella latitudine applicativa – nella duttilità, contrapposta alla tipicità – della condotta di partecipazione.

Date queste premesse, ritornando alla pronuncia del GUP di Milano nel caso "Fathima",

³⁸ L'idea che il reato associativo, ferme le peculiarità del fenomeno criminale da reprimere, essendo una categoria dogmatica unitaria, pertanto dotata di tipicità legale, si muova entro i limiti invalicabili delle scelte di tutela formalizzate dalle norme incriminatrici.

³⁹ In tema di partecipazione ex art. 416-bis c.p., si è andata affermando in giurisprudenza, a partire dagli anni Novanta, una interpretazione tassativizzante del delitto di partecipazione mafiosa. Si tratta dell'indirizzo che fa consistere la tipicità della partecipazione nell'organico inserimento nella trama delle relazioni interne al sodalizio e, conseguentemente, nell'assunzione da parte del soggetto interessato di un ruolo funzionale alla vita dell'ente. Per approfondimenti si rinvia a MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 53 il quale esprime un giudizio positivo sull'indirizzo organizzatorio strutturale essendo «indubitabile che la proposta interpretazione segni un passo in avanti sulla strada della razionalizzazione emeneutica [...]»; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 118 ss.

⁴⁰ Si richiama la lezione di MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. p. 110. In prospettiva contraria A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003 p. 250 ss. ritiene che una ricostruzione su basi meramente organizzatorio strutturali della partecipazione associativa determinerebbe un *vulnus* alle esigenze di materialità e offensività, dal momento che il delitto si perfezionerebbe con il semplice impegno ad adoperarsi in favore dell'ente associativo e non in conseguenza di specifici contributi causali alla vita di quest'ultimo.

⁴¹ Difatti, sarebbe riduttivo argomentare nel senso che la condotta di partecipazione rilevante ai sensi dell'art. 270-bis c.p. sia integrata da qualsiasi comportamento causalmente rilevante rispetto ai fini dell'associazione. Come ricorda VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit. p. 128, il modello meramente causale – elaborato, rispetto alla criminalità di stampo mafioso, vero la metà degli anni '80 – è stato ormai abbandonato dalla giurisprudenza. Rispetto al tema oggetto del presente contributo, la questione viene in rilievo dal punto di vista della peculiare duttilità dei nuclei terroristici islamico-fondamentalisti, caratterizzati dalla estrema frammentazione del fattore umano, dall'antiformalismo della procedura di affiliazione/adesione, e dalla estrema genericità del programma criminoso. Ebbene, la dilatazione applicativa della condotta di partecipazione a forme di adesione meramente psicologica, qualora giustificata attraverso il modello meramente causale (secondo cui anche la condivisione ideologica alimenta ai fini dell'associazione) segnerebbe il ritorno ad un paradigma ormai superato rispetto alle associazioni di stampo mafioso. Rispetto a queste ultime MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. p. 103, ha osservato come «il modello causale erode, innanzitutto, la pregnanza significativa dell'espressione "fare parte"» e che «un modello interpretativo di questo tipo è destinato, d'altra parte, ad annullare qualsiasi (doverosa) funzione di "dominio" del diritto penale sul processo, risolvendosi, anzi, in uno strumento che favorisce le logiche probatorie a danno dei compiti selettivi (e di orientamento conoscitivo e di giustificazione del discorso giudiziale) propri della tipicità (e degli altri paradigmi che fondano la punibilità)». Ad opinione di chi scrive, gli stessi, condivisibili, rilievi critici dovrebbero essere mossi, per identità di ratio, all'indirizzo giurisprudenziale che macroestende la condotta esecutiva di cui all'art. 270-bis c.p., aderendo implicitamente ad un modello meramente causale del contributo partecipativo.

⁴² R. BERTOLESI, *Il caso Fathima*, cit. p. 8, il quale ricorda come la dottrina più attenta, (F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 3953) abbia inoltre precisato che la prova dell'assunzione di un ruolo stabile all'interno dell'associazione di stampo terroristico può essere ricavata in via logica anche dalla commissione di singoli episodi, a patto però che questi siano particolarmente indicativi di un'affiliazione del soggetto nell'organizzazione e che tale inferenza sia fatta con assoluta cautela e puntualmente motivata.

⁴³ Si cita MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit. p. 109.

non sorprende che l'estensore non indichi i motivi che permettono di ricavare dalle condotte compiute dagli imputati il loro inserimento stabile tra le fila dell'IS; evidentemente il Giudice ha ritenuto che non fosse necessario accertare, neppure *per facta concludentia*, l'effettivo inserimento di ciascuno degli imputati nei ranghi dell'associazione. Alla carenza motivazionale farebbe supplenza il richiamo alle pronunce della Corte di Cassazione che hanno ritenuto la sussistenza del delitto di cui all'art. 270-*bis*, comma 2, c.p. in presenza di condotte di supporto all'azione terroristica⁴⁴. La scelta di non affrontare la questione lascia perplessi, specialmente in una decisione su un caso davvero peculiare, in cui le condotte ascritte agli imputati, del tutto marginali rispetto al programma criminoso dell'IS, sembrano avulse da qualsiasi inserimento nel tessuto dell'associazione. Non ci sembrano invero qualificabili come partecipi quei soggetti⁴⁵ che hanno favorito la conoscenza tra i promessi sposi o contribuito a organizzare le loro nozze e il successivo viaggio in Siria.

Più problematica è la posizione di Marianna Sergio, per la quale esistono gli estremi, se non addirittura di una effettiva partecipazione allo Stato Islamico, quantomeno della volontà di 'arruolare' i genitori prima di partire con loro alla volta dei territori occupati: la ragazza manteneva contatti quotidiani con la sorella Maria Giulia, ormai stabilmente inserita nell'organizzazione dello Stato Islamico⁴⁶, e seguiva ogni sua direttiva o suggerimento al fine di persuadere i genitori ad abbandonare l'Italia per compiere il viaggio verso le terre del Califfato⁴⁷.

5. Il rapporto tra la condotta di partecipazione e i reati c.d. di sostegno.

La dilatazione applicativa della "partecipazione" anche a condotte di sostegno poste in essere da soggetti non effettivamente inseriti nella associazione criminale, produce un secondo effetto perverso: la sfasatura della linea di demarcazione netta tra il reato associativo in senso proprio e le fattispecie previste dagli artt. 270-*ter* ss. c.p.⁴⁸

Nella fattispecie tipica prevista dall'art. 270-*bis*, comma 2, c.p. sono ricomprese anche condotte che, a ben vedere, sarebbero da inquadrare entro la cornice di altre disposizioni.

Il legislatore è intervenuto numerose volte⁴⁹ per raffinare l'architettura del sistema dei reati contro la personalità dello stato, introducendo fattispecie preventive e di supporto alla attività criminosa finalizzata al compimento di atti aventi finalità di terrorismo. La *ratio* dei successivi interventi è quella della stigmatizzazione di condotte che – sebbene non evocative dell'inserimento del soggetto nel sodalizio criminale, né punibili mediante la disciplina del concorso esterno (*ex* artt. 110 e 270-*bis* c.p., ipotizzabile, ma piuttosto raro negli annali di giurisprudenza

⁴⁴ GUP Milano 23 febbraio 2016 n. 598 cit. p. 39

⁴⁵ Gli appartenenti al "gruppo albanese": Coku Baki, Kacabuni Arta, Gjecaj Lubjana.

⁴⁶ Come si ricava dalle intercettazioni telematiche, a Maria Giulia Sergio è stato affidato il compito di insegnare la dottrina fondamentalista ad altre *foreign fighters* giunte nei territori occupati; ella inoltre ha intrapreso il percorso di addestramento, imparando a sparare con il *kalashnikov*.

⁴⁷ A differenza degli altri imputati Marianna Sergio era a conoscenza, giorno dopo giorno grazie alle videochiamate con la sorella, di tutte le atrocità che l'IS commetteva nei territori occupati; nelle conversazioni di discuteva anche di quale sarebbe stato il ruolo di Marianna una volta entrata nello Stato Islamico. Ciononostante, ha continuato a mantenere ferma la volontà di raggiungere la sorella in Siria, portando con sé anche il resto della famiglia. Il Giudice, avendo a disposizione questi elementi di prova, ben avrebbe potuto differenziare le posizioni degli imputati.

⁴⁸ Trattasi dei reati di cui agli art. 270-*ter* (assistenza agli associati), 270-*quater* (Organizzazione di trasferimenti con finalità di terrorismo), 270-*quinquies* (Addestramento ad attività con finalità di terrorismo), 270-*quinquies.1* (finanziamento di condotte con finalità di terrorismo).

⁴⁹ Il decreto legge n.374/01, convertito con modificazioni dalla l. 438/01, all'indomani della tragedia dell'11 settembre 2001, ha introdotto, quale condotta tipica dell'associato, la condotta di finanziamento dell'associazione di stampo terroristico, e dall'altra ha esteso la portata applicativa della norma incriminatrice per fare fronte anche ai fatti commessi "contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale" (art. 270-*bis*, comma 3, c.p.)

A luglio del 2005, a seguito degli attentati di Londra, il legislatore italiano è intervenuto nuovamente sulla disciplina codicistica di lotta al terrorismo, adeguando – in tempi assai rapidi – il diritto interno agli obblighi internazionali e comunitari. La legge 31 luglio 2005, n. 144 di conversione del decreto legge 27 novembre 2005 ha infatti inserito nel codice penale le ipotesi delittuose di arruolamento (art. 270-*quater* c.p.) e di addestramento (270-*quinquies* c.p.) con finalità di terrorismo, che si ispirano proprio alle omologhe fattispecie criminali create dalla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo (2005). La novella ha introdotto, altresì, la definizione di atti con finalità di terrorismo (art. 270-*sexies* c.p.), modellata sulla definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro 2002/475/UE.

za⁵⁰) – meritano di essere autonomamente punite perché idonee a fornire un contributo, reale o potenziale, agli associati.

Per quel che qui interessa, si ricorda che nel 2015⁵¹ a seguito dei tragici eventi di Charlie Hebdo e della minaccia derivante dal neo-costituito Stato Islamico, il legislatore ha avvertito l'esigenza di modificare le fattispecie di arruolamento, con la previsione della punibilità anche dell'arruolato (dapprima esclusa), e di addestramento, sottoponendo a sanzione anche chi si auto-addestra. La *ratio dell'intervento* è quella di fornire una drastica risposta al dilagante fenomeno dei lupi solitari e alle emigrazioni in Paesi esteri allo scopo di coinvolgersi in attività terroristiche (il fenomeno dei c.d. *foreign fighters*). Sul punto la Relazione illustrativa al decreto legge è chiarissima: «Per quanto concerne il contrasto del terrorismo sul versante interno, va evidenziato che la straordinaria necessità ed urgenza di intervenire sulla materia deriva dall'evoluzione che questa forma di minaccia ha conosciuto negli ultimi mesi, in cui sono diventate più frequenti le efferate azioni di organizzazioni, quali l'Islamic State (IS). Tali sodalizi hanno palesato sia una capacità di attrazione e di reclutamento di soggetti, i *foreign fighters*, al di fuori dei contesti di origine, sia un'inusitata ferocia nel portare attacchi a obiettivi dei Paesi stranieri che si oppongono ai loro disegni e alla loro visione radicale. In questo contesto diventa indifferibile completare il quadro normativo vigente, introducendo misure mirate e selettive capaci di prevenire il rafforzamento di tali organizzazioni e di attuare più stringenti controlli sui mezzi e sui materiali che potrebbero essere impiegati per il compimento di attentati nel territorio nazionale [...]»⁵². Il provvedimento, come illustrato dal Governo, interviene per rendere punibili quelle specifiche condotte, contemplate dalle ultime risoluzioni ONU⁵³.

In tal senso, l'interpretazione logica e teleologica delle fattispecie di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* del codice penale (che prevedono oggi la punibilità anche dell'arruolato o del soggetto che si addestra da sé) porta a ritenere che in esse vadano ricomprese tutte quelle condotte volte ad accrescere la pericolosità offensiva dell'associazione terroristica, da parte di soggetti che – pur condividendone i principi e le finalità – non sono tuttavia stabilmente inseriti nella *societas scelerum*, né forniscono un contributo tale da poter essere inquadrato come concorrenti nel reato associativo.

La lettura è avvalorata dalla presenza, in apertura delle fattispecie, della clausola di riserva "al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-*bis*" che, sul piano ermeneutico, dovrebbe essere una spia accesa per l'interprete, nel senso che il legislatore ha strutturato il sistema in modo da inasprire la sanzione al progredire dell'offesa. Le fattispecie "di sostegno" attuano una tutela particolarmente anticipata del bene giuridico, tanto da punire condotte prodromiche all'attua-

⁵⁰ La giurisprudenza di legittimità ammette la configurabilità del concorso esterno nel delitto associativo di stampo terroristico, precisando che neppure un'ampia e diffusa frammentazione legislativa in autonome e tipiche fattispecie criminose del "finanziamento" di associazioni con finalità di terrorismo (art. 270 bis c.p., comma 1, inserito dal D.L. n. 374 del 2001, art. 1, comma 1, convertito in L. n. 438 del 2001) ovvero dell'"arruolamento" e "addestramento" di persone per il compimento di attività con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p., inserito dal D.L. n. 144 del 2005, art. 15, comma 1, convertito in L. n. 155 del 2005) sarebbe comunque in grado di paralizzare l'espansione operativa della clausola generale di estensione della responsabilità per i contributi atipici ed esterni, secondo il modello dettato dall'art. 110 c.p. In questa prospettiva, tuttavia, si registrano scarsi precedenti di legittimità tra cui *Cass. Pen. sez. I, 12 gennaio 2006, n. 1072* secondo cui è possibile la trasposizione dei principi elaborati sull'associazione a delinquere di stampo mafioso al reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. nei confronti di quei soggetti che, pur restando estranei alla struttura organizzativa, apportino un concreto e consapevole apporto eziologicamente rilevante sulla conservazione, sul rafforzamento e sul conseguimento degli scopi dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali, sempre che, ovviamente, sussista la consapevolezza della finalità perseguita dall'associazione a vantaggio della quale è prestato il contributo. Di recente si veda, si pur per *obiter dicta*, *Cass. Pen. sez. I, 21 dicembre 2015, n. 7167*.

⁵¹ Art. 1 del decreto legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito con modificazioni con la legge 17 aprile 2015 n. 43. Con la novella si è pure introdotto il nuovo reato di organizzazione di viaggi con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*.1 c.p.). A poco più di un anno di distanza il legislatore ha nuovamente messo mano alle fattispecie di contrasto al terrorismo; la legge 28 luglio 2016, n. 153 ha apportato modifiche al codice aggiungendo alla già nutrita costellazione di fattispecie incriminatrici, i delitti di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quinquies*.1 c.p.), sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (art. 270-*quinquies*.2 c.p.) e atti di terrorismo nucleare (art. 280-*ter* c.p.), prevedendo altresì una nuova ipotesi di confisca obbligatoria, diretta e per equivalente, per tutti i reati commessi con finalità di terrorismo (art. 270-*septies* c.p.).

⁵² La Relazione Illustrativa, presentata al Parlamento in sede di conversione, è pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia, all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?jsessionid=kvDvzXGRbOOQ7fSMs4hy5JLGC?contentId=SAN1122637&previousPage=mg_1_2_1

⁵³ La Relazione ricorda che l'opportunità di un aggiornamento degli strumenti di contrasto del terrorismo deriva anche dalla necessità di dare attuazione nell'ordinamento interno alla risoluzione n. 2178 del 2014, adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del capo VII della Carta delle Nazioni Unite e quindi vincolante per gli Stati. Tale atto le Nazioni Unite obbligano a reprimere una serie di condotte volte ad agevolare, attraverso un coinvolgimento diretto, il compimento di atti terroristici, anche in territorio estero, e consistenti anche nelle attività che i *foreign fighters* mettono in essere per affiancare in conflitti armati gruppi od organizzazioni di matrice terroristica. In particolare, l'articolo 6 della Risoluzione prevede che gli Stati perseguano il trasferimento verso un Paese diverso da quello di residenza al fine di partecipare o commettere atti terroristici; il finanziamento di tali trasferimenti; il reclutamento di soggetti destinati a trasferirsi in altri Paesi per commettere atti di terrorismo.

zione di un programma criminoso indefinito, oltre che riferibili a una struttura di cui il reo per definizione non fa parte: altrimenti il disvalore per il compimento delle attività prodromiche sarebbe ricompreso nella punizione per l'aver preso parte al sodalizio criminoso.

Guardati da questa prospettiva, gli argomenti spesi nelle esaminate sentenze di merito destano non poche perplessità. La giurisprudenza, invero, non dovrebbe accomodarsi all'idea che la particolare conformazione delle associazioni terroristiche 'a cellula' o 'a rete' renda di per sé possibile un avanzamento della soglia di partecipazione. Tale *trend* giurisprudenziale è censurabile almeno sotto due distinti profili.

Anzitutto, non ci si fa carico della necessità di procedere a una lettura sistematica delle fattispecie di contrasto al terrorismo; nessuna delle sentenze che più recentemente hanno affrontato il tema si preoccupa di ritrovare un limite tra il compimento di condotte prodromiche, autonomamente punite, e l'effettiva partecipazione del reo all'associazione terroristica. Eppure, tale operazione sarebbe necessaria, vista la frenesia con cui il legislatore interviene per perfezionare il sottosistema sanzionatorio, attraverso la creazione di autonome e particolareggiate fattispecie di reato.

In secondo luogo, è diffusa la credenza che la totale adesione del reo ai principi ispiratori del fondamentalismo islamico, ove estrinsecatasi nel compimento di alcuna delle condotte di supporto, sia sufficiente a far 'scattare' la partecipazione⁵⁴. Tale assunto non ci pare tuttavia condivisibile, poiché omette di considerare che, nella realtà dei fatti, anche chi 'si macchia' delle condotte prodromiche è animato dalla medesima ideologia. Come poter credere che il soggetto che arruola/addestra o che decida di arruolarsi/addestrarsi agisca mosso da una diversa e meno profonda adesione psicologica rispetto a chi prende parte all'associazione? Non occorre andare molto lontani col pensiero per convincersi che la decisione di addestrarsi a fini militari, o di entrare a far parte dei guerrieri *muhajeddin* (artt. 270-*quater* e *quinquies* c.p.), sia estrinsecazione di una profonda condivisione dei principi criminali dall'IS.

La linea di confine tra dette condotte e la "partecipazione", quindi, non potrà che essere tracciata sul piano della concreta assunzione di un ruolo all'interno di essa, alla stabile messa a disposizione per il compimento di determinati atti esecutivi del disegno criminoso, al compimento di atti secondo le direttive direttamente ricevute dei membri che dirigono l'organizzazione. Tale accertamento dovrà essere svolto sulla base di indici fenomenici concreti, senza il ricorso a presunzioni di sorta di carattere squisitamente soggettivo⁵⁵. In questo modo si ottiene un doppio beneficio, auspicato in apertura del contributo: l'adozione di criteri identificativi assimilabili a quelli elaborati dalla giurisprudenza sull'associazionismo di stampo mafioso, con salvezza dell'unità dogmatica del reato associativo; una lettura coerente con la sistematica architettata dal legislatore.

6. Conclusioni.

Merita qualche breve considerazione conclusiva l'affermazione della Corte di assise di Milano, citata in epigrafe. Che siano le associazioni criminali, a seconda di come organizzano la propria azione, a stabilire come, e in che cosa, la partecipazione si deve declinare, è sicuramente una notazione di grande pregio giuridico. Come è avvenuto per le associazioni di stampo mafioso, la progressiva 'scoperta' del funzionamento dell'organizzazione criminale permette di comprendere quali siano i soggetti che realmente prendono parte al sodalizio, e di differenziare questi ultimi dai collaboratori esterni, che, privi della *affectio societatis*, comunque forniscono un contributo materiale. Così, anche per le associazioni di matrice islamico-fondamentalista, si avrà col tempo l'emersione della struttura e dell'apparato interno all'associazione che permetterà di tracciare un distinguo tra partecipi e non. Sembra però forzato sostenere che la generalizzata chiamata alla *jihad* possa essere intesa quale una proposta irrevocabile di partecipazione all'IS, aderendo alla quale il soggetto viene, penalisticamente, a essere partecipe. Per quanto informale e diffusivo sia il messaggio lanciato dall'associazione terroristica, non si dovrebbe slegare la qualifica di partecipe dall'accertamento dell'effettivo inserimento nella

⁵⁴ Nel caso *Fathima*, ad esempio, il Giudicante profonde uno sforzo notevole per dimostrare che tutti gli imputati (con la sola eccezione di Dritan Gjeca) fossero a conoscenza dei principi dello Stato Islamico, e ne condividessero appieno gli obiettivi, da realizzarsi attraverso l'esecuzione del programma criminoso.

⁵⁵ Quali il possesso di libri o volumi editi dallo Stato Islamico, oppure la propaganda/diffusione di messaggi sui *social network* che, sintomatici dell'adesione psicologica al programma dell'associazione, nulla dicono circa l'effettivo contributo fornito alla stessa.

struttura della stessa, riducendola a mera condivisione ideologica sorretta dal compimento di atti meramente prodromici all'esecuzione del programma criminoso.

Il sistema è stato pensato dal legislatore in modo da non lasciare aperte maglie di impunità rispetto a condotte idonee a mettere in pericolo l'ordine pubblico e la personalità dello Stato. Così, con riguardo alle condotte ascritte agli imputati nel caso *Fathima*, esse avrebbero potuto essere inquadrate – vale la pena ribadirlo – nella fattispecie di arruolamento, anziché essere ricondotte a quella partecipativa⁵⁶. Si deve prendere atto che la condotta di chi decida di partire per combattere nei territori occupati, è oggi sanzionata come arruolamento dal lato passivo (art. 270-*quater*, comma 2, c.p.); le più svariate attività di persuasione e propaganda del manifesto criminale dell'IS, sono invece rilevanti ai fini dell'accertamento dei presupposti della condotta di arruolamento dal lato attivo⁵⁷.

La giurisprudenza che avvalora l'avanzamento della soglia di partecipazione tende comunque a irrogare sanzioni assai miti agli imputati che qualifica come partecipi all'associazione terroristica, ma che, nei fatti, hanno realizzato condotte che vanno dall'arruolamento alla mera agevolazione⁵⁸.

Vi è poi una nutrita serie di casi in cui il comportamento di un soggetto, sospettato di sostenere i principi e il programma criminale di una associazione terroristica, non può essere direttamente represso, ma va contenuto e monitorato. In questo ordine di idee, si deve ricordare come il sistema delle misure di prevenzione – che il decreto legge n. 7/2015, ha inteso rafforzare – consenta l'adozione di misure volte a prevenire il trasferimento all'estero dei potenziali terroristi. Difatti, l'applicazione di una misura di prevenzione personale implica una serie di obblighi comportamentali limitativi della libertà di circolazione, nonché il ritiro del passaporto e la sospensione degli altri documenti validi per l'espatrio (art. 3 legge n. 1185 del 1967). L'espatrio del prevenuto concretizza quindi una violazione delle predette misure limitative della libertà di circolazione punita a titolo di reato dagli articoli 75 e 76 del decreto legislativo n. 159 del 2011 (c.d. Codice Antimafia)⁵⁹. In questi termini, il nostro ordinamento contempla già adesso uno strumento – non diverso da quello recentemente introdotto dalla legislazione di altri Paesi europei, quali la Francia – in grado di sanzionare penalmente i soggetti, pericolosi perché di accertato potenziale terroristico, che tentano di lasciare il territorio dello Stato per unirsi a gruppi e organizzazioni operanti in altri Paesi.

In definitiva, anche la disciplina preventiva lascia pensare che una definizione così lata della condotta di partecipazione, non sia proprio in armonia con l'architettura del sistema.

⁵⁶ In particolare, Marianna Sergio poteva essere punita per il reato previsto dall'art. 270-*quater*, primo comma, c.p. per avere arruolato, su indicazione della sorella, i genitori nelle fila dell'IS, convincendoli a partire per i territori occupati. Questi ultimi, di converso, sarebbero stati puniti ai sensi del secondo comma della disposizione, in quanto arruolati. Viceversa, ai componenti del gruppo albanese, non potrebbe contestarsi di aver arruolato Maria Giulia Sergio e Aldo Kobuzi, oppure di aver organizzato il relativo viaggio nei territori occupati, in quanto la loro opera si è ridotta ad un mero ausilio agli sposi nel perseguimento di un proposito già formato, che non ha influito sulla loro decisione di partire per fare *jihād*.

⁵⁷ Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio si deve rilevare che la pena comminata per l'arruolamento con finalità di terrorismo è maggiore rispetto a quella prevista per la partecipazione alla associazione terroristica; ciò sebbene l'art. 270-*quater*, comma 1, c.p. sia sussidiario rispetto alla più grave condotta di partecipazione. La scelta legislativa lascia dubbi sotto il profilo della ragionevolezza, essendo certamente maggiore il disvalore sociale che accompagna la condotta di chi essendo stabilmente inserito nell'organizzazione criminale, potrebbe deliberare il compimento di singoli atti criminosi, rispetto a quella di chi, esterno ad essa, abbia soltanto arruolato uno o più nuovi adepti disposti ad eseguire tali atti criminosi.

⁵⁸ Ambedue le sentenze milanesi applicano il minimo della pena, ridotto, a seconda dei casi, dalle diminuenti di rito. In questo modo si vuole probabilmente adeguare il trattamento sanzionatorio alla intangibilità del legame tra il soggetto e la struttura associativa.

⁵⁹ L'art. 4, lett. *d.*, del d. lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia) prende infatti in considerazione proprio gli “*atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti [...] a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270 sexies c.p.*” e, in presenza di essi, legittima un intervento meramente preventivo, e non ancora repressivo.

Il contrasto al finanziamento del terrorismo

Criticità e innovazioni della nuova disciplina italiana

The Fight Against Financing Terrorism

Critical Issues and Innovations of the New Italian Discipline

VALENTINA ARAGONA

Cultrice della materia in Diritto penale presso l'Università della Calabria

FINANZIAMENTO AL TERRORISMO, RICICLAGGIO,
VALUTE VIRTUALI, MISURE DI CONTRASTO,
PIANO D'AZIONE EUROPEO

FINANCING TERRORISM, MONEY LAUNDERING,
VIRTUAL CURRENCIES, COUNTER- MEASURES,
EUROPEAN ACTION PLAN

ABSTRACT

La lotta al terrorismo internazionale ha assunto negli ultimi decenni connotati di sempre maggiore rilevanza e centralità in ambito nazionale e sovranazionale. In particolare, la necessità delle organizzazioni terroristiche di reperire fondi per la propria sopravvivenza ha consentito di comprendere l'importanza del fenomeno del finanziamento al terrorismo. All'analisi di quest'ultimo è dedicato il presente contributo, incentrato sull'evoluzione della disciplina sul finanziamento al terrorismo e sui suoi legami con il riciclaggio di denaro e con le nuove tecnologie. L'attenzione si soffermerà in particolare sulla nuova disciplina italiana, relativa finanziamento al terrorismo, contenuta nel neo introdotto articolo 270 quinquies.1 c.p. e sulle criticità che lo caratterizzano. Infine, un piccolo focus sarà dedicato alla nuova proposta di riforma europea in materia, costituita dal Piano d'azione 2016 della Commissione UE.

The fight against international terrorism has, in recent decades, taken on more relevance at the national and international levels. In particular, the terroristic organizations' need to raise funds for their survival has made it possible to understand the importance of the terrorism financing phenomenon. The analysis of the latter is the core of this work, focusing on the evolution of the discipline of financing terrorism and its links with money laundering and new technologies. Attention will be focused on the new Italian legislation relating to financing terrorism, contained in the newly introduced Article 270 quinquies.1 of the Italian Penal Code and on the critical issues that characterize it. Finally, a brief focus will be dedicated to the new European Reform proposal on this phenomenon, established by the EU Commission's Action Plan 2016.

SOMMARIO

1. La definizione di finanziamento al terrorismo e la sua evoluzione storica. – 2. I metodi di finanziamento. – 2.1. Il riciclaggio come strumento del terrorismo. – 2.2. Le nuove tecnologie. – 3. Il nuovo articolo 270 quinquies.1. c.p. – 4. Conclusioni: i nodi problematici e il nuovo piano d'azione europeo.

1.

La definizione di finanziamento al terrorismo e la sua evoluzione storica.

La lotta al terrorismo internazionale ha assunto negli ultimi decenni connotati di sempre maggiore rilevanza e centralità in ambito nazionale e sovranazionale.

I recentissimi attacchi terroristici hanno, infatti, portato, più che mai, alla ribalta il problema della prevenzione e della difesa di tutti gli Stati dalle aggressioni delle organizzazioni terroristiche, facendo emergere la necessità di una legislazione comune, che possa anche tener conto dell'evoluzione delle nuove tecnologie e della globalizzazione.

In particolare, la crescita e lo sviluppo delle varie organizzazioni terroristiche hanno posto in risalto come queste non necessitano solo di un legame ideologico tra gli associati, ma soprattutto di strumenti idonei a reperire i fondi necessari per la propria attività¹.

In ciò emerge l'importanza della condotta di finanziamento al terrorismo, che si riferisce a tutte quelle attività accessorie poste in essere al fine di reperire denaro o altri supporti, anche materiali, in favore delle organizzazioni terroristiche.

Occorre, quindi, innanzitutto, chiarire cosa si intenda per finanziamento al terrorismo.

A livello semantico finanziare significa fornire denaro per un particolare fine. Sotto il profilo giuridico, il concetto di finanziamento è più esteso, perché ricomprende non solo la fornitura di denaro, ma anche ogni tipo di supporto finanziario e materiale.

La prima definizione internazionale di finanziamento al terrorismo si rinviene nell'art. 2 della Convenzione di New York del 1999, la quale inquadra questo fenomeno come un'attività di fornitura di fondi e risorse economiche, caratterizzata da un aspetto oggettivo, consistente nel fornire fondi con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, legalmente o illegalmente, e da un aspetto soggettivo, relativo alla c.d. *means rea*, cioè alla consapevolezza che tali fondi saranno usati per svolgere azioni illecite, capaci di causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva in situazioni di conflitto armato, con la finalità di intimidire un popolazione, o obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere qualcosa².

In tal modo il finanziamento al terrorismo veniva considerato per lo più una fattispecie accessoria, all'interno del più grave reato di terrorismo.

Tuttavia, questa prima definizione è stata poi chiarita nella risoluzione del Consiglio di sicurezza ONU n. 1373/2001 e nelle raccomandazioni del Financial Action Task force.

Tali atti internazionali hanno eliminato dai presupposti del finanziamento al terrorismo l'elemento soggettivo della volontà di finanziare atti terroristici (contenuto nella Convenzione di New York), ritenendo sussistente la fattispecie in esame indipendentemente dalla partecipazione psicologica del finanziatore³. Quest'ultimo sarà, quindi, responsabile anche laddove i fondi non vengano destinati a specifici atti terroristici, ma all'organizzazione in generale.

La portata 'rivoluzionaria' di tali atti internazionali si coglie laddove si osservi che, in tal modo, il finanziamento al terrorismo è divenuto una fattispecie autonoma rispetto al reato di terrorismo⁴.

¹ Molti studiosi del fenomeno terroristico ritengono che, ad esempio, l'ISIS e la sua crescita siano soprattutto una questione di fondi, necessari per acquistare armi e finanziare i propri attacchi terroristici.

² BANTEKAS, *The International Law of Terrorist Financing*, in *American Journal of international law*, 2003, p. 315 ss.; CASSESE, *Terrorism as an International Crime*, in Bianchi A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, 2004, p. 213 ss.; ALLEN, *The War Against Terrorism Financing*, in *Journal of Money Laundering Control*, 4, 2003, p. 306 ss. 11; STILE, *Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti*, in *www.treccani.it*, 2009.

³ SAUL, *Criminality and Terrorism*, in A.M. Salinas De Frias, K. L. Samuel, N.D. White (ed.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012.

⁴ LEVI, *Combating the Financing of Terrorism. A History and Assessment of the Control of "Threat Finance"*, in *The British Journal of Criminology*, 2010; BARRETT, *Time to Reexamine Regulation Designed to Counter the Financing of Terrorism*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009.

La *ratio* di tale cambio di prospettiva può certamente rinvenirsi nella sempre crescente importanza che il finanziamento ha assunto quale primario strumento per la crescita delle organizzazioni internazionali.

A livello europeo, similmente a quanto accaduto in ambito internazionale, si è sentita la necessità di rendere autonoma la fattispecie di finanziamento al terrorismo, che trova la sua prima collocazione nella posizione comune del Consiglio n. 931/2001, relativa all'applicazione di specifiche misure per combattere il terrorismo e, successivamente, nella decisione del Consiglio n. 475/2002, la quale puniva le condotte di partecipazione in un gruppo terroristico, che includevano anche il fornire risorse materiali o finanziarie, con la consapevolezza che tale partecipazione avrebbe contribuito alle attività terroristiche del gruppo.

Negli anni successivi l'Unione ha rafforzato la propria strategia di contrasto, adottando una serie di atti come la dichiarazione sulla lotta al terrorismo del 2004 e la strategia globale contro il terrorismo, che avevano quali obiettivi principali la prevenzione e la protezione, raggiunti anche tramite attività di controllo e congelamento dei fondi, destinati a finanziare i gruppi terroristici⁵⁶.

Da questi atti emerge che la definizione europea di finanziamento del terrorismo è diversa da quella, sopra richiamata, diffusasi a livello internazionale. Tale definizione, infatti, non distingue tra il finanziamento volto ad effettuare un atto terroristico e il finanziamento per sostenere un'organizzazione terroristica⁷.

Semplicemente, l'atto terroristico è compiuto dall'organizzazione e il finanziamento sarà punibile quale crimine quando vi è la conoscenza dei fini terroristici dell'organizzazione stessa. Il finanziatore, quindi, è responsabile, anche se i fondi dallo stesso forniti, non sono utilizzati per un atto terroristico.

In questo senso, in Europa, fin dall'inizio, la nozione di finanziamento al terrorismo è stata autonoma rispetto a quella del terrorismo internazionale, anticipando, in qualche modo, l'evoluzione di tale fenomeno poi riconosciuta anche a livello internazionale.

2.

I metodi di finanziamento.

Questo breve *excursus* delle fonti europee ed internazionali sul finanziamento al terrorismo consente di comprendere l'importanza di tale fenomeno nel panorama del terrorismo internazionale.

Occorre a tal punto chiedersi quali siano i principali metodi di finanziamento. Infatti, negli anni le organizzazioni terroristiche hanno sviluppato tecniche sempre più avanzate per procurarsi risorse, in base alle loro modalità di azione. Analizzando i dati della Financial Action Task force in merito, emerge che le risorse dell'ISIS, per quanto sia possibile farne una ricostruzione, hanno da un lato una provenienza "indiretta", derivando dalle donazioni di "supporters" anonimi, dagli Stati (c.d. State sponsor)⁸ o da associazioni di beneficenza, ma dall'altro lato vengono procacciate direttamente dagli appartenenti al gruppo terroristico, i quali cercano di dotarsi di fonti autonome quali ad esempio la gestione di giacimenti petroliferi, la richiesta di fondi ad altri gruppi terroristici o a privati, che condividono la stessa ideologia e le zakat ovvero donazioni ai quali i Musulmani sarebbero tenuti per purificare le loro anime.

Inoltre, i gruppi terroristici sono spesso collegati a società che svolgono attività economiche e commerciali. Le forme di finanziamento, quindi, assumono sempre di più connotati "leciti".

⁵ BORLINI, *The reform of the Fight against Money Laundering and Terrorism Financing: from the 2012 FATF Recommendations to the New EU Legislation*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 03, 2015.

⁶ Esemplificativamente ci si può riferire a: il regolamento n. 467/2001, poi abrogato dal regolamento 881/2002, con il quale l'Unione, attuando le linee guida ONU, impose che tutti i fondi, intesi come ogni tipo di bene tangibile o meno, appartenenti a persone fisiche o giuridiche, indicate in uno specifico elenco, avrebbero dovuto essere congelati e il regolamento n. 1889/2005, relativo ai movimenti di denaro contante in entrata e in uscita dalla comunità, (che imponeva obblighi di dichiarazione sopra i 10.000 euro).

⁷ DE VIGO, *Sistemi giuridici di contrasto al terrorismo internazionale*, in *unipd.it*, p. 58 ss.

⁸ DUPUY, *State Sponsors of Terrorism: International Responsibility*, in A. Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, 2004, p. 6 ss.

2.1. *Il riciclaggio come strumento del terrorismo.*

Naturalmente le fonti privilegiate di finanziamento dei gruppi terroristici restano sempre le attività illecite quali i rapimenti a scopo di estorsione, il traffico di droga e altre condotte illecite volte a reperire fondi. Quest'ultimi, poi, per essere riutilizzati nei canali leciti sopra descritti devono essere "ripuliti". Emerge, quindi, come l'attività di riciclaggio sia strettamente connessa con il finanziamento al terrorismo⁹.

In particolare, il riciclaggio di denaro segue uno specifico processo, che risulta molto complesso in virtù dell'ampio numero di transazioni che lo compongono e per il coinvolgimento di strutture finanziarie, spesso collocate in differenti ordinamenti giuridici, che utilizzano innumerevoli strumenti, anche di natura finanziaria.

Si possono identificare brevemente tre fasi del riciclaggio di denaro: il *placement*, in cui il denaro di provenienza illecita viene collocato in un istituto finanziario; il *laundering*, durante il quale si occultano le origini illecite di tale denaro e la sua proprietà; l'*integration*, in cui il denaro ripulito viene inserito nel circuito economico legale, per poi essere eventualmente reinvestito in attività illecite¹⁰.

Si coglie, quindi, l'intreccio tra il finanziamento al terrorismo e il riciclaggio, laddove si considera che il finanziamento al terrorismo può ben costituire reato presupposto del riciclaggio, il quale a sua volta risulta un prezioso strumento per le associazioni terroristiche per ripulire il denaro illecitamente acquisito tramite traffici di droga o di armi o altre attività illecite e reinvestirlo nel circuito economico, occultandone totalmente la provenienza. Pertanto, le misure previste a livello nazionale e sovranazionale di contrasto al riciclaggio, volte a controllare i movimenti di denaro e ad aumentare la trasparenza nelle transazioni e attività finanziarie, vengono inevitabilmente utilizzate spesso anche per il contrasto al finanziamento al terrorismo¹¹.

Nel corso degli anni, infatti, l'UE ha rafforzato la sua attività contro il terrorismo e ha sottolineato il legame tra il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, così mettendo in evidenza l'importanza di adottare misure volte a controllare i movimenti di denaro e a garantirne la trasparenza, in particolare nelle attività finanziarie.

Infatti, la terza direttiva sul riciclaggio n. 2005/60/CE, da un lato ha previsto una definizione di finanziamento del terrorismo, considerandolo come «*la fornitura o la raccolta di fondi, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, con l'intenzione che essi dovrebbero essere utilizzati o sapendo che essi devono essere utilizzati, in tutto o in parte, al fine di effettuare uno dei reati ai sensi degli articoli da 1 a 4 della decisione quadro 2002/475 / GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo*» (art. 2, par. 4); dall'altro lato la stessa direttiva ha creato un sistema di prevenzione e di controllo, non solo come strumento per evitare il riciclaggio di denaro, ma anche per prevenire e lottare contro il finanziamento del terrorismo.

Il più recente intervento su riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo è la direttiva n. 2015/849/UE «*sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*». Quest'ultima delinea tutta una serie di obblighi di controllo, conservazione e registrazione della clientela per combattere il riciclaggio di denaro e prevenire il finanziamento al terrorismo, facendo, così, riemergere un importante legame tra il finanziamento al terrorismo e il reato di riciclaggio¹².

⁹ DUPUY, *State Sponsors of Terrorism: International Responsibility*, cit.; CUELLAR, *The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2003, p. 319 ss.; CRIMM, *The Moral Hazard of Anti-Terrorism Financing Measures: A Potential To Compromise Civil Societies and National Interests*, in *Wake Forest Law Review*, 2008; RIDER, *The War on Terror and Crime and the Off-Shore Centres: the 'New' Perspective?*, in D. Masciandaro (ed.), *Global Financial Crime: Terrorism, Money Laundering and Off-Shore Centres*, Aldershot, 2004.

¹⁰ STAROLA, *Contrasto al finanziamento del terrorismo, all'elusione fiscale internazionale e al riciclaggio*, in *Corriere tributario*, 34/2016, p. 2633 ss.; SOLDI, *Voce "Riciclaggio"*, in *Dig. disc. pen.*, 2011; CONDEMI, DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 60/2008, p. 22 ss.; GRAHAM, *International guide to money laundering and practise*, Butterworth Publishing, 2002; GILMORE, *Dirty Money: The evolution of Money laundering countermeasures*, Council of Europe Publishing, 1999; BIHTER, *Money laundering and terrorism as a global threat and a comparison between United States and Turkey*, in *AKICI*, 2011/2, p. 5 ss.; D'AURIA, *Riciclaggio e terrorismo*, in *gnosis.aisi.gov.it*

¹¹ KERSTEN, *Financing of Terrorism – A Predicate Offence to Money Laundering?*, in *Eu. J.L. Reform*, 2002, p. 299 ss.

¹² SALVINI, *Il contrasto all'abuso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo: la IV Direttiva (EU) 2015/849, tra coordinamento e cooperazione*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 26, fasc. 1, p. 147 ss.; MAINIERI, PACINI, *La quarta Direttiva europea antiriciclaggio: i reati fiscali come reato presupposto e altre importanti novità*, in *Diritto e Giustizia*, 2015, p. 3 ss.; RAZZANTE, *La quarta direttiva contro il riciclaggio: spunti per una nuova regolamentazione italiana del fenomeno*, in *magistraturaindipendente.it*, 2015.

2.2. *Le nuove tecnologie: i virtual coins.*

In questa analisi sui metodi di finanziamento non può mancare un accenno alle nuove tecnologie. Come già detto la globalizzazione e lo sviluppo tecnologico hanno favorito le associazioni terroristiche, le quali hanno migliorato le proprie tecniche di finanziamento. Infatti, lo sviluppo tecnologico e, in particolare, la crescente dematerializzazione della moneta, costituisce un vantaggio per i gruppi terroristici, poiché consente di svolgere transazioni anonime difficili da controllare.

La diffusione dei *virtual coins*, infatti, rappresenta, ad oggi, uno dei principali strumenti utilizzati dal terrorismo per dissimulare l'origine illecita dei capitali¹³. Essi sono stati definiti dall'Autorità bancaria europea come una rappresentazione digitale di un valore, non emesso né da una banca centrale, né da un'autorità pubblica, ma accettata come mezzo di pagamento e trasferibile anche elettronicamente.

Un riferimento in particolare può farsi alla diffusione sempre su più vasta scala dei c.d. *bitcoins*, ovvero una moneta virtuale, che, seppure basata su trasferimenti pubblici e tracciabili, contestualmente si caratterizza per stringhe alfanumeriche non chiaramente attribuibili a una persona fisica o giuridica¹⁴. I *bitcoins*, in tal modo, consentono di mascherare l'origine illecita dei capitali, rendendo la transazione anonima e collegata ad un soggetto differente dall'utilizzatore. Questa difficoltà nell'individuazione degli autori delle transazioni inevitabilmente pone problemi non trascurabili nella trasparenza dei movimenti di denaro, consentendo alle associazioni terroristiche di gestire più facilmente i propri fondi e di occultarne la provenienza illecita.

Ci sono, inoltre, alcuni soggetti che svolgono un'attività di "ponte" tra il mondo reale delle valute, che hanno corso legale, e il mondo delle *criptocurrencies*. Nello specifico, ci sono ruoli particolari, come il *virtual currency exchanger* – che svolge attività di scambio delle valute virtuali in valute con corso legale – o il *wallet provider*, che fornisce all'utente un portafoglio elettronico per tenere e trasferire *criptocurrencies*. È comprensibile come questo tipo di operazioni siano molto pericolose, poiché permettono di effettuare transazioni finanziarie e movimenti di fondi senza un rapporto diretto con i clienti, rimanendo così anonimi i soggetti della transazione.

Inoltre, le operazioni effettuate in *internet*, sono sviluppate concretamente in diversi ordinamenti giuridici, alcuni dei quali non prevedono adeguate misure antiriciclaggio¹⁵.

Pertanto, in questo contesto, la standardizzazione delle infrastrutture è fondamentale per prevenire l'utilizzo del sistema di pagamento internazionale ai fini di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo, dato che l'uniformità permette la tracciabilità dei flussi dei fondi e delle informazioni coinvolti nella singola transazione.

Secondo le raccomandazioni del GAFI, la soluzione migliore sarebbe l'utilizzo di un "*based risk approach*", caratterizzato dall'identificazione dei nuovi sistemi di pagamento e delle eventuali misure di prevenzione.

La nuova direttiva 2015, sulla scorta della precedente direttiva 2005, consente, in casi particolari di utilizzo di moneta elettronica, derogando alla *due diligence* sulla clientela, laddove i rischi siano bassi. Tuttavia, non contiene riferimenti alle valute virtuali che, come già visto, sono diverse rispetto alla moneta elettronica. Per questo motivo, come sarà esaminato in seguito, la disciplina sulle monete virtuali è stata oggetto di una proposta riforma della Commissione europea volta a ridurre o eliminare i rischi derivanti da questo strumento.

¹³ MULINARI, *Cyberlaundering – Riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale*, Milan, 2003; JOHNSON, LIM, *Money laundering: has the financial action task force made a difference?*, in *Journal of Financial Crime*, 10/2003, p. 7 ss.; SAFDARI, *Anti-Money Laundering Model in Banking System*, in *Asian Journal of Research in Business Economics and Management*, Vol. 3, n. 10/2013, p. 335 ss.; STILE, *Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti*, in www.treccani.it; DEMETIS, *Technology and Anti-money Laundering: A Systems Theory and Risk-based Approach*, Elgar Publishing, 2010; PHILIPPSOHN, *Money laundering on the Internet*, in *Computers & Security*, 20/2010, p. 485 ss.; FUCILE, SICLARI, *Sistemi di pagamento e misure antiriciclaggio*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, 2008, p. 369 ss.

¹⁴ LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2015, p. 202 ss.; MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2015, p. 117 ss.

¹⁵ Ad esempio, il sedicente Stato Islamico ha fatto un proficuo uso delle piattaforme digitali e dei social media allo scopo di incentivare elargizioni di denaro dalle diverse categorie di simpatizzanti.

3.

Il nuovo art. 270 *quinques.1* c.p.

Da parte sua il legislatore italiano, a distanza di poco più di un anno dal D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015, n. 43, (che era intervenuto proprio a modificare le fattispecie relative al terrorismo), ha nuovamente legiferato per rafforzare la tutela contro il terrorismo con la legge 28 luglio 2016 n. 153¹⁶. Quest'ultima, intitolata "*Norme per il contrasto al terrorismo*", è dichiaratamente volta ad attuare diverse convenzioni internazionali, quali: la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, stipulata a Varsavia il 16 maggio 2005; la Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; il Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, firmata a Strasburgo il 15 maggio 2003; la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento al terrorismo, stipulato a Varsavia il 16 maggio 2005 e il Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015.

Tali atti internazionali prevedono tutti obiettivi di repressione e prevenzione non raggiungibili senza un intervento in campo penale da parte dei legislatori dei singoli stati aderenti.

In particolare, la Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa, del 16 maggio 2005, aggiorna e amplia la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato firmata a Strasburgo l'8 novembre 1990, al fine reprimere il finanziamento al terrorismo, non solo gestito attraverso il riciclaggio di denaro, ma anche derivante da attività lecite.

La Convenzione del 2005 rappresenta il primo strumento internazionale per la prevenzione e il controllo del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo. Il testo mette in evidenza che il veloce accesso alle informazioni relative ai finanziamenti o alle risorse delle organizzazioni criminali, compresi i gruppi terroristici, è fondamentale per il successo delle misure preventive e repressive e, in ultima analisi, rappresenta il modo migliore per destabilizzare le attività di queste organizzazioni.

Il Protocollo addizionale alla suddetta Convenzione, fatto a Riga il 22 ottobre 2015, non ancora in vigore, è stato concluso dopo la presentazione del disegno di legge, ed è stato dunque inserito tra i provvedimenti da ratificare nel corso dell'esame in sede referente. Il Protocollo si propone di completare le disposizioni della Convenzione, attribuendo rilievo penale a una serie di atti quali la partecipazione a un'associazione a fini terroristici e l'addestramento a fini terroristici; recarsi all'estero con finalità terroristiche; finanziare viaggi all'estero di altri soggetti a fini di terrorismo; organizzare e facilitare in qualunque altro modo tali viaggi.

La novella, per quanto attiene i profili strettamente penalistici, introduce nel codice penale i delitti di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (nuovo art. 270 *quinques.1*); di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo (nuovo art. 270 *quinques.2*); di terrorismo nucleare (nuovo art. 280 *ter*). Infine, l'art. 270 *septies* c.p., anch'esso di nuovo conio, prevede che, in caso di condanna per i delitti commessi con finalità di terrorismo, sia sempre disposta la confisca diretta delle cose che «*servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto*» e che, in caso di impossibilità a procedere in via diretta, sia disposta la confisca per equivalente «*di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo, prodotto o profitto*»¹⁷.

Per quello che interessa in questa sede la nuova legge ha recepito la nozione autonoma di finanziamento al terrorismo, inserendo nel nostro codice penale l'art. 270 *quinques.1*, che, per la prima volta, prevede una fattispecie autonoma di finanziamento al terrorismo. Si tratta di una novità assoluta, atteso che precedentemente le condotte di finanziamento erano punibili se realizzate nell'ambito degli artt. 270 *bis* o 270 *ter* c.p. (associazione con finalità di terrorismo

¹⁶ L'iter di approvazione della L. 28 luglio 2016, n. 153, è durato poco meno di un anno (presentato alla Camera dei deputati il 10 settembre 2015, il d.d.l. C.3303, di iniziativa governativa, è stato ivi approvato il 28 gennaio 2016; il Senato della Repubblica ha concluso i propri lavori in data 28 giugno 2016, apponendo tuttavia al progetto talune modificazioni, le quali hanno richiesto una seconda lettura alla Camera, che è giunta all'approvazione definitiva in data 19 luglio 2016, entrata in vigore il 24 agosto 2016).

¹⁷ LEOTTA, *La nuova disciplina antiterrorismo, introdotta con la legge 153/2016*, in *Quotidiano giuridico*, 2016; FASANI, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale. Commento a l. 28 luglio 2016, n. 153*, in *Diritto penale e processo*, 2016, fasc. 12, p. 1555 ss.; MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2016, p. 1388 ss.; BERTELES, *Ancora nuove norme in materia di terrorismo*, in *Dir. Pen. cont.*, 19 ottobre 2016.

e assistenza agli associati).

Il nuovo art. 270 *quinquies.1*, così come la successiva fattispecie di cui all'art. 270 *quinquies.2*, svolge una funzione residuale di tutela, punendo comportamenti di fiancheggiamento o sostegno, essenzialmente di tipo finanziario, al terrorismo internazionale. Entrambe le fattispecie figurano tra i delitti contro la personalità internazionale dello Stato (diversamente da quella di cui all'art. 280 *ter* che tipicizza un delitto contro la personalità interna dello Stato). Pertanto, bene giuridico tutelato non è soltanto l'ordine pubblico interno, ma anche la c.d. sicurezza mondiale.

L'art. 270-*quinquies.1*, 1° co., c.p., in specie, punisce con la reclusione da 7 a 15 anni, colui che alternativamente realizza una delle tre seguenti condotte: raccolta, erogazione, messa a disposizione di denaro o di beni destinati ad essere in tutto o in parte utilizzati per sostenere il compimento di condotte con finalità terroristiche.

Con il termine «raccolta» può intendersi un'attività, anche non caratterizzata dall'organizzazione o dalla continuità, con cui si ottiene la disponibilità, anche solo temporanea, di denaro o di beni per sostenere attività terroristiche.

La condotta di «erogazione» si realizza, invece, con l'atto di corrispondere a terzi, in modo continuativo o non, una somma di denaro o beni di cui il soggetto attivo ha la disponibilità.

La «messa a disposizione» consiste, infine, nel destinare o riservare una somma di denaro o beni affinché siano utilizzati per sostenere il compimento di atti terroristici¹⁸.

Non si richiede che i fondi raccolti, erogati o messi a disposizione siano successivamente utilizzati: tale clausola dà chiara indicazione del fatto che il delitto di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo sia un reato di pericolo presunto. La precisazione operata dalla norma, inoltre, mette in evidenza la volontà legislativa di anticipare la punibilità anche a meri atti preparatori.

Questa precisazione è espressamente inserita nel nuovo articolo in esame, pur risultando in realtà ultronea, atteso che la non necessarietà dell'uso poteva già desumersi dalla struttura della fattispecie, le cui condotte non richiedono per il loro compimento, l'uso o il godimento della cosa da parte di un soggetto terzo.

L'art. 270-*quinquies.1* c.p., inoltre, contiene una clausola di riserva in apertura che esclude un concorso tra il delitto di finanziamento al terrorismo e i delitti di associazione con finalità di terrorismo e di organizzazione, finanziamento o propaganda di viaggi all'estero per finalità di terrorismo. In tal modo si esclude la punibilità sotto la nuova fattispecie di chi è «già terrorista», perché partecipa all'associazione di cui all'art. 270-*bis* c.p., ovvero di chi organizza, finanzia o promuove viaggi all'estero con finalità di terrorismo, ai sensi dell'art. 270-*quater.1* c.p.¹⁹ Tuttavia, nei casi in cui non venga raggiunta la prova dell'inserimento del soggetto finanziatore nell'organizzazione terroristica, la mancata prova di tutti gli estremi del delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p. non esclude che il soggetto possa essere punito ai sensi della nuova fattispecie, della quale, invece, sussistono tutti gli elementi oggettivi e soggettivi.

Quanto, invece, al rapporto tra la nuova fattispecie e i singoli reati finanziati, il testo della norma lascia impregiudicata la possibilità che il finanziatore possa rispondere a titolo di concorso nelle singole condotte di terrorismo rese possibili dal finanziamento stesso. Tuttavia, in tal caso, non sarà sufficiente la generica consapevolezza del finanziatore di contribuire a condotte con finalità di terrorismo, essendo necessario dimostrare la consapevolezza dell'agente di concorrere alla realizzazione dello specifico fatto di reato reso possibile dal finanziamento.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, si tratta di una fattispecie a dolo specifico, consistente nella consapevolezza di finanziare attività con finalità terroristiche.

L'art. 4, 1° co., lett. b), L. 153/2016 introduce nel Libro II, Titolo I, Capo I del codice penale anche l'art. 270-*septies*, il quale stabilisce che, in caso di condanna o di applicazione di pena per un delitto commesso con le finalità di terrorismo, sia obbligatoria la confisca diretta delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del prezzo, del prodotto e del profitto dello stesso (confisca diretta). Ove non sia possibile procedere alla confisca diretta, è da disporsi la confisca di valore (o per equivalente) del prezzo, del prodotto e del profitto²⁰. La norma dà attuazione all'art. 3 della Convenzione del 2005 del Consiglio d'Europa, che impegna gli Stati ad adottare gli strumenti normativi per procedere, in ipotesi di

¹⁸ Aa. Vv., *Art. 270 quinquies.1*, in Codice penale commentato on line, Ipsoa-Cedam, 2016

¹⁹ Aa. Vv., *Art. 270 quinquies.1*, in Codice penale commentato on line, Ipsoa-Cedam, 2016

²⁰ ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 2002; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007

finanziamento al terrorismo, alla confisca e al congelamento di fondi e strumenti o proprietà di valore corrispondente.

Il diritto internazionale prescrive, pertanto, da un lato la confisca diretta sia delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, sia del profitto del reato; dall'altro lato prevede la confisca di valore del prodotto o del profitto.

Il nostro codice già prevedeva la confisca obbligatoria diretta nei confronti del condannato per associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis c.p. co. 4 c.p.).

L'art. 270-septies c.p. allarga ora l'istituto a tutti i delitti commessi con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies c.p. Rimane, invece, in vigore la sola confisca obbligatoria diretta ex art. 270-bis co. 4 c.p. per i casi di condanna per i reati associativi commessi con finalità di eversione dell'ordine democratico.

Inoltre, la nuova norma dovrebbe entrare a far parte dei reati con finalità di terrorismo di cui al d.lgs. n. 231/2001 per i quali è prevista la responsabilità amministrativa da reato degli enti con la conseguente possibilità di sanzionare anche la persona giuridica quando sia questa (nella persona di un apicale o un dipendente) a finanziare attività terroristiche o comunque non adotti modelli necessari per evitare tale condotta dalla quale tragga un vantaggio.

Alla luce di quanto ora detto, si deve osservare che nonostante l'espressa introduzione nel nostro codice penale dell'autonoma fattispecie di finanziamento al terrorismo sia un segnale importante della volontà legislative di rafforzare la lotta contro tale fenomeno, la norma di nuovo conio sinora esaminata non va esente da alcune osservazioni critiche

Prima di tutto, l'intervento legislativo come molti altri in materia è stato basato sull'urgenza e sull'esigenza di recepire atti europei e internazionali dei quali la nuova disciplina italiana, in alcuni punti, sembra una mera riproduzione senza un coordinamento sistematico con le altre disposizioni in materia. Ne emerge una disciplina penale indeterminata e basata su un intervento simbolico più che tecnico, il quale lascia ampio spazio alla discrezionalità giudiziaria con evidente violazione del principio di legalità e riserva di legge²¹.

Questo risulta evidente laddove si pensi, ad esempio, all'equivoco generato dall'uso indiscriminato dei termini "beni" e "fondi" i quali presentano però significati del tutto differenti. La neo introdotta norma, infatti, pone un dubbio interpretativo per quanto concerne l'utilizzo dell'oggetto materiale delle condotte di raccolta, erogazione e messa a disposizione, atteso che usa i termini «beni» e «denaro» nella prima parte, mentre, riferendosi alla possibilità del loro mancato utilizzo, ricorre al termine «fondi» («...*indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi per la commissione delle citate condotte*»). Tale modifica, frutto di un emendamento del Senato, pone un problema interpretativo: laddove la *res* raccolta, erogata o messa a disposizione non rientri nella nozione di «fondi», ai fini della punibilità se ne richiede l'effettivo utilizzo? Ad esempio, se il fiancheggiatore mette a disposizione del terrorista una strumentazione tecnologica che è certamente un «bene», ma non un «fondo», e il terrorista non la utilizza, il delitto è consumato? La risposta dovrebbe essere positiva, seguendo la *ratio* dell'art. 270 *quinques*.1 c.p. volta a punire le condotte indipendentemente dall'uso, ma la *ratio* non può dirsi sufficiente, atteso che la norma utilizza espressamente il termine fondi, di fatto riferito a beni o utilità suscettibili di valutazione economica. In concreto la risposta è lasciata alla discrezionalità del giudicante, con il rischio di pervenire a soluzioni differenti in casi simili, anche attesa la "giovinanza" della norma, sulla quale non si sono ancora formati orientamenti giurisprudenziali ben delineati.

Tale tecnica usata non si pone solo in tensione con il principio di tassatività, ma anche con quello di offensività²². Basti pensare al fatto che la nuova fattispecie, in quanto reato di pericolo presunto, potrebbe giungere a punire delle condotte concretamente inoffensive seppur astrattamente rientranti nella fattispecie incriminatrice. Infatti, la norma incrimina le condotte di finanziamento in sé, indipendentemente da un loro effettivo utilizzo e, quindi, dall'effettivo prodursi di un pericolo in concreto o di un danno ai beni giuridici tutelati. Ciò evidentemente perché il legislatore ritiene già in sé pericolosa la condotta di finanziamento; tuttavia, questa, secondo la nuova fattispecie, potrebbe consistere anche in un'erogazione oc-

²¹ CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, 226 ss.; FASANI, *Il decreto antiterrorismo - le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 8, p. 918 ss.; MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 117 ss.

²² CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 226 ss.; FASANI, *Il decreto antiterrorismo - le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, cit.; MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit.

casionale di fondi o addirittura in una singola erogazione degli stessi, non essendo necessaria un'attività organizzata o ripetuta nel tempo.

Da ciò emerge come, in concreto, il finanziamento potrebbe anche risultare inoffensivo in quanto idoneo a finanziare effettivamente atti terroristici. In tali casi la violazione del principio di offensività sarebbe evidente, sussistendo una fattispecie astratta, che però si caratterizza per una tipicità solo apparente essendo inoffensiva.

Può richiamarsi a tal proposito l'orientamento sviluppatosi nell'ambito dei reati di pericolo astratto che, al fine di recuperarne la legittimità e conformità al principio di offensività, ritiene che, pur non essendo il pericolo un requisito della fattispecie tipica, in concreto sarebbe onere del giudice accertarlo e, laddove mancasse una seppur minima offesa al bene giuridico tutelato, troverebbe applicazione l'art. 49 c.p. relativo al reato impossibile.

Tuttavia, anche seguendo tale orientamento si inserirebbe nell'art. 270 *quinques*.1 c.p. il requisito del pericolo, che in realtà manca.

Pertanto, se da un lato la volontà legislativa di punire anche meri atti preparatori, anticipando la soglia di punibilità, è giustificata da esigenze di repressione del fenomeno, dall'altro lato tale approccio potrebbe determinare la punibilità di fattispecie solo apparentemente tipiche, in quanto carenti di offensività. In tal modo si realizzerebbe il passaggio da un diritto penale del fatto ad un diritto penale dell'autore, punendo i soggetti agenti solo per la loro attitudine interiore e per lo stile di vita, sostituendo così la pericolosità sociale alla colpevolezza e configurando, come in altre fattispecie relative al terrorismo, una sorta di diritto penale del nemico.

Sarebbe stato, forse, più rispettoso dei principi cardine del diritto penale costruire la fattispecie non solo tipizzando con maggiore chiarezza gli elementi costitutivi della stessa, ma anche ancorando la condotta di finanziamento quantomeno a parametri quantitativi, qualitativi o, in generale, di pericolosità e idoneità rispetto al fine perseguito di agevolare l'associazione, in modo tale da recuperare un minimo di offensività.

Nel rispetto proprio del principio di offensività di cui all'art. 49 c.p., sarebbe stato ragionevole esigere la materiale idoneità della somma di denaro o dei beni raccolti a contribuire al compimento delle condotte di cui all'art. 270-*sexies* c.p. A tal proposito potrebbe farsi cenno all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi in riferimento all'art. 270 *bis* c.p., il quale, costruito come una fattispecie di pericolo presunto, incrimina l'associazione in sé. Infatti, onde evitare la punibilità di condotte inoffensive di mera adesione ideologica, senza la realizzazione di un'effettiva condotta pericolosa o dannosa, la giurisprudenza ha ritenuto che per la configurabilità del reato sia necessaria una struttura organizzata dotata di un'effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso.

Tale struttura della nuova fattispecie, tra l'altro, non può neppure dirsi dipendente dagli "obblighi di criminalizzazione" provenienti dalle convenzioni europee ed internazionali, perché, in ogni caso, i menzionati principi di tassatività e offensività, quali valori cardine del nostro ordinamento, fungerebbero da controlimiti.

Tra l'altro, tenendo presente che il principio di offensività non rileva solo nella fase ideativa del precetto penale, prevedendo che la libertà personale possa essere limitata solo in presenza di un'offesa al bene giuridico tutelato, ma anche nella fase esecutiva, richiedendo che tale limitazione della libertà debba essere proporzionata al grado dell'offesa.

In tal senso l'offensività si correla certamente al principio di proporzionalità, il quale conduce ad effettuare ulteriori considerazioni critiche in relazione al profilo sanzionatorio previsto dalla nuova fattispecie.

Infatti, il legislatore del 2016 punisce il fiancheggiatore esterno che opera come finanziatore con la stessa pena del promotore o dirigente di un'associazione terroristica (reclusione da 7 a 15 anni), a fronte di una pena ben inferiore (reclusione da 5 a 10 anni) prevista per il partecipe all'associazione, che, tuttavia, è un terrorista in senso stretto.

Una simile disciplina si pone in tensione con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, atteso che il finanziatore non può risultare meritevole di pena quanto il dirigente e il promotore di un'associazione terroristica, il quale ha un ruolo organizzativo di leadership, coordina uomini e mezzi, assume decisioni e pianifica strategie. La sproporzione è ancor più evidente se si considera che l'art. 270 *quinquies*.1 c.p. non richiede, per potersi dire integrato, un'attività organizzata e continuativa, potendosi ben ritenere il delitto consumato da una singola dazione di denaro anche occasionale. Parimenti la pena dell'articolo in commento risulta eccessiva se confrontata con quella dell'art. 270 *quater*.1 c.p.: se chi organizza il viaggio del terrorista o lo

finanzia è punito da 5 a 8 anni, non si vede perché il finanziatore *tout court* debba essere punito con una pena da 7 a 15 anni. Ciò ovviamente si pone in contrasto anche con il principio di colpevolezza, quale argine garantistico della pena, e con la funzione rieducativa della pena, non attuabile laddove questa risulti sproporzionata e non percepibile come giusta dalla collettività²³.

4.

Conclusioni: i nodi problematici e il nuovo piano d'azione europeo

In conclusione, qualche accenno merita la nuova proposta di riforma avanzata dalla Commissione europea volta a modificare la nuova direttiva n. 849/2015, con ipotizzabili riflessi anche sul nostro ordinamento. Tale proposta nasce dal fatto che, nonostante i vari sforzi compiuti a livello nazionale e sovranazionale per prevenire e combattere il fenomeno del finanziamento al terrorismo, restano aperte varie questioni critiche.

La prima riguarda la circostanza che, come detto, spesso le misure attuate e previste contro il riciclaggio vengono applicate anche al finanziamento al terrorismo. Tuttavia, nonostante il legame, sopra evidenziato, tra i due fenomeni essi sono caratterizzati da varie differenziazioni. Infatti, le misure tradizionali contro il riciclaggio sono focalizzate sulla ricerca dei profitti illeciti tramite l'imposizione di controlli e obblighi di trasparenza. Al contrario il finanziamento al terrorismo può coinvolgere ogni tipo di fondi derivanti da fonti lecite o illecite. Infatti, il finanziamento al terrorismo solitamente si basa su due tipi di attività: il *money laundering* (riciclaggio) basato sull'uso di capitali illeciti, e il *money dirtying* basato sull'uso di fondi legali, che diventano illegali in virtù del loro scopo illecito²⁴. Così, spesso, il denaro nasce pulito, diventando "sporco" solo quando il reato è commesso dal terrorista²⁵. Gli strumenti volti a contrastare il finanziamento del terrorismo, quindi, dovrebbero essere in grado, anche di identificare e controllare i capitali con origine lecita, indipendentemente dal riciclaggio di denaro. Sarebbe necessaria, in particolare, la ricostruzione delle tracce dei movimenti di capitali, possibile solo con la cooperazione internazionale. Infatti, per raggiungere questo obiettivo, è fondamentale un sistema di scambio di informazioni adeguate tra le diverse autorità.

È anche importante sottolineare che le misure antiriciclaggio e antifinanziamento dovrebbero rispettare le libertà fondamentali, riconosciute dai trattati dell'UE. In particolare, la Corte di giustizia ha utilizzato un approccio "restrittivo" nell'analisi della compatibilità delle misure nazionali con le quattro libertà europee. La Corte di giustizia, infatti, ha ribadito il suo orientamento tradizionale, secondo il quale gli Stati membri possono adottare misure nazionali, limitando la libera circolazione delle merci, delle persone, capitali e dei servizi, in assenza di armonizzazione a livello UE, ma queste misure devono essere necessarie e proporzionate, e non costituire una discriminazione arbitraria. Pertanto, l'esistenza della necessità di proteggere un interesse generale è fondamentale al fine di considerare adeguate e proporzionate le misure restrittive, applicate dagli Stati membri. Per quanto riguarda specificamente le misure antiriciclaggio e antifinanziamento al terrorismo, per affermare la loro compatibilità con le quattro libertà, è necessario che ogni requisito imposto e finalizzato a combattere il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, sia giustificata e proporzionata. È evidente come la disciplina in esame dovrebbe raggiungere un punto di equilibrio tra l'interesse a reprimere i comportamenti pericolosi di riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo e la necessità di rispettare e garantire le libertà fondamentali nell'UE.

Viste queste criticità, dopo la direttiva n. 849/2015/UE, la Commissione europea ha elaborato un piano d'azione, che contiene una proposta di riforma per una nuova direttiva UE, caratterizzato dall'obiettivo specifico di utilizzare i movimenti finanziari per seguire le tracce dei terroristi e impedire loro di trasferire fondi o altri beni, riducendo così la capacità delle organizzazioni terroristiche di ottenere le risorse per il loro *business*²⁶.

²³ AA. VV., *Art. 270 quinquies.1*, in Codice penale commentato on line, Ipsoa-Cedam, 2016

²⁴ D'AURIA, *Riciclaggio e terrorismo*, cit.

²⁵ STAROLA, *Contrasto al finanziamento del terrorismo, all'elusione fiscale internazionale e al riciclaggio*, in *Corriere tributario*, 34/2016, p. 2633 ss.; DE VIDO, *Riciclaggio, corruzione e finanziamento al terrorismo*, in *Il Libro dell'anno*, Treccani, 2015.

²⁶ Piano d'azione della Commissione europea 2016, in eur-lex.europa.eu; DE FAZIO, *Il Piano d'azione 2016: dall'UE un nuovo strumento di contrasto al finanziamento del terrorismo*, in www.instituteforthefuture.it, 2016; MAINIERI, *Antiriciclaggio e contrasto al terrorismo: la proposta della Commissione europea per modificare la IV direttiva*, in www.compliancejournal.it, 2016.

Prima di tutto, la Commissione intende modificare la direttiva per includere un elenco di tutti i controlli obbligatori (misure di *due diligence*), che le istituzioni finanziarie dovrebbero svolgere sui flussi finanziari, provenienti da paesi con carenze strategiche nelle loro legislazioni nazionali contro il finanziamento al terrorismo.

Applicando le stesse misure in tutti gli Stati membri, si potrà evitare di lasciare lacune normative, che i terroristi potrebbero sfruttare²⁷.

Come precedentemente anticipato, la riforma interviene anche sulla disciplina delle valute virtuali, estendendo gli obblighi di *due diligence* sulla clientela anche ai soggetti che svolgono attività utilizzando tali valute.

Inoltre, si presta particolare attenzione alla dimensione extra europea del finanziamento al terrorismo, prevedendo che l'UE dovrebbe adottare, attraverso l'attività del GAFI, una lista nera per identificare i paesi terzi ad alto rischio, che non hanno nel loro sistema misure adeguate contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, imponendo agli Stati membri di prevedere un elevato livello di garanzie per i flussi finanziari provenienti da questi paesi.

Il piano d'azione in esame prevede, anche, l'avvio di un progetto finalizzato a sostenere gli Stati non membri dell'UE, che hanno difficoltà nel loro ordinamento giuridico per la lotta contro il fenomeno del finanziamento al terrorismo.

In conclusione, è possibile sottolineare che la lotta europea contro il finanziamento del terrorismo ha compiuto alcuni progressi, raggiungendo un incremento di trasparenza e un aumento dei controlli in questo campo. Tuttavia, per ottenere un effettivo rafforzamento della prevenzione e protezione contro questi fenomeni, sarà necessario, da un lato, prevedere misure specifiche per il finanziamento del terrorismo e, dall'altro, come suggerito dalla Commissione, rafforzare il ruolo delle autorità di controllo, soprattutto per quanto riguarda i flussi finanziari da e verso i paesi terzi. Ciò, unitamente alla previsione di un maggiore sforzo internazionale, volto a sostenere questi paesi nello sviluppo di un sistema antiriciclaggio adeguato, senza pregiudicare l'evoluzione del mercato libero e del sistema internazionale degli scambi.

²⁷ O'NEILL, *The Evolving EU Counter-Terrorism Legal Framework*, Abingdon, Oxford, 2012; GILMORE, *Dirty Money: The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2011.

Le modifiche agli artt. 270-*quater* e *quinqües* del codice penale per il contrasto al terrorismo

Un esame degli spazi applicativi delle nuove fattispecie introdotte dal D.L. 7/2015

*Amendments to Article 270-*quater* and *quinqües* of the Italian Penal Code in the Fight Against*

An Essay on the Application of New Criminal Law Provisions Introduced by Legislative Decree 7/2015

ANDREA PRESOTTO

Dottore di ricerca in Diritto penale presso la Scuola superiore Sant'Anna di Pisa

ARTICOLO 270-*QUATER*, ARTICOLO 270-*QUINQUIES*,
TERRORISMO, PREVENZIONE, AUTOADDESTRAMENTO,
ARRUOLAMENTO

ARTICLE 270-*QUARTER*, ARTICLE 270-*QUINQUIES*,
TERRORISM, PREVENTION, SELF-TRAINING,
RECRUITMENT

ABSTRACT

Il D.L. 18 febbraio 2015 n. 7 introduce nel nostro ordinamento due nuove fattispecie di contrasto al Terrorismo: la punibilità dell'arruolato (art. 270-*quater*, secondo comma, c.p.) e l'auto-addestramento (art. 270-*quinqües*, secondo periodo, c.p.). Le nuove previsioni non rispondono a reali esigenze di diritto sostanziale: indeterminatezza delle fattispecie e sovrapposizione con altre sono i tratti salienti di questo intervento legislativo. La vera ragione del loro inserimento può forse essere ricercata nel fornire maggiori strumenti, in fase di indagini preliminari, all'Autorità Giudiziaria per la prevenzione dei fenomeni di Terrorismo.

Legislative Decree No. 7 dated 18 February 2015 modified the Italian Penal Code by introducing two new criminal law provisions, which punish recruits (Article 270-*quater*, second paragraph) and those persons who train themselves for the purpose of committing acts of terrorism (Article 270-*quinqües*, second sentence). Lack of clarity and overlap with other criminal law provisions are two of the main features of the above-mentioned Legislative Decree 7/2015. Perhaps, the true reason for this measure is to provide greater tools to the police in order to prevent terrorism and allow the judicial authorities to obtain evidence.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le ragioni politico - criminali. – 3. Le modifiche all'art. 270-*quater* c.p. – 4. La nuova fattispecie di auto-addestramento. – 5. Conclusioni.

1.

Introduzione.

Il presente contributo si prefigge di esaminare l'impatto sulla normativa esistente in materia di repressione del terrorismo determinato dall'inserimento delle nuove fattispecie incriminatrici introdotte dal Decreto Legge 18 febbraio 2015 n. 7 convertito, con modificazioni, nella Legge 17 aprile 2015, n. 43¹.

Più precisamente, si tratta delle modifiche agli articoli 270-*quater* e 270-*quinqüies* c.p. operate, rispettivamente, dall'art. 1, co. 1 e art. 1 co. 3 del D.L. 7/2015.

L'esame delle due fattispecie è particolarmente interessante in quanto, a parere di chi scrive, il loro inserimento nel Codice Penale risponde, al di là della ragione di carattere formale del rispetto degli obblighi di incriminazione provenienti da fonti di matrice internazionale, a esigenze di carattere processuale anziché sostanziale: fornire alle autorità inquirenti e di polizia maggiori strumenti per poter agevolmente effettuare indagini e prevenire la commissione di reati legati al terrorismo di matrice islamica.

Si procederà, pertanto, all'esame degli articoli 270-*quater* e 270-*quinqüies* c.p., che puniscono rispettivamente l'arruolamento e l'addestramento con finalità di terrorismo², così come modificati dal Legislatore nel 2015, per valutare la loro reale portata innovativa sul tessuto normativo del Titolo Primo del Libro Secondo del Codice Penale, spazio particolarmente fecondo di fattispecie incriminatrici.

2.

Le ragioni politico-criminali.

Il terrorismo di matrice islamica che ha colpito nell'ultimo biennio con estrema violenza le capitali del nostro Continente (Parigi, Bruxelles, Nizza e, in ultimo, Berlino e Istanbul) si caratterizza per avere una struttura, per così dire, "molecolare"³.

Negli Anni Settanta gli attori sulla scena erano gruppi terroristi (su tutti, Brigate Rosse, Prima Linea e Ordine Nuovo) dotati di un'organizzazione gerarchica, in cui netta era la distinzione tra il gruppo dirigente, che definiva la strategia e gli obiettivi, e i reparti armati diffusi sul territorio, che avevano un ruolo esecutivo. Laddove sorgevano contrasti nella strategia del gruppo, o essi venivano sanati oppure la conseguenza era il frazionamento dell'organizzazione.

Negli Anni Duemila, il terrorismo di matrice islamica, nella forma degli attentati compiuti da Al-Qaida a New York, Londra e Madrid, mantiene la struttura piramidale, seppur meno rigida e più informale.

Questa trasformazione si definisce compiutamente con la nuova versione di terrorismo di matrice islamica che ha colpito negli ultimi anni: gli attentati vengono compiuti da singoli individui, spesso immigrati di seconda generazione, i quali, dopo un viaggio in Siria o dopo essere entrati in contatto con ambienti radicali in carcere, si radicalizzano a loro volta e, quasi autonomamente, organizzano attentati terroristici. Il coordinamento centrale è praticamente assente; le cellule terroristiche nascono e agiscono, per così dire, per "gemmazione".

In questo siffatto scenario, l'impiego, soprattutto in fase di indagini preliminari, dei consueti strumenti del Diritto Penale, in particolar modo dell'associazione a delinquere con finalità di terrorismo (art. 270-*bis* c.p.) appare poco efficace, in quanto i suoi elementi strutturali (la pluralità di compartecipi, l'esistenza di una struttura organizzativa e l'apporto fornito da ciascuno dei compartecipi per la realizzazione del piano criminoso) o sono difficilmente defi-

¹ Un esame più approfondito del presente contributo è fornito da A. VARVARESSOS, *Commento al d.l. 7/2015, art. 1*, in *LP*, 15.1.2016.

² A loro volta inseriti nel Codice Penale dal D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155.

³ Per un'analisi più dettagliata delle organizzazioni terroristiche, cfr. F. FASANI, *Premesse ad uno studio sulle strutture del terrorismo islamico e sulle categorie del reato associativo*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2011, 1674 ss.; G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 1328 ss.; A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, Padova 2007, 172 ss.

niti o sono del tutto assenti.

E' per tale ragione che, approfittando della spinta emotiva suscitata dall'attentato al giornale satirico di Parigi "Charlie Hebdo", l'Italia ha finalmente recepito la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU n. 2178 del 24 settembre 2014.

Questa Risoluzione⁴, vincolante per tutti gli Stati membri in quanto adottata, dopo aver affermato che il terrorismo rappresenta una delle più micidiali minacce alla pace e sicurezza internazionale⁵, dispone l'incriminazione, all'art. 6, di una serie di condotte preparatorie alla commissione di attentati terroristici⁶ quali il reclutamento, l'addestramento, il trasporto, il finanziamento o la fornitura di equipaggiamento a soggetti che si spostano verso Stati diversi da quelli di propria nazionalità, mossi dal fine di commettere, organizzare o partecipare ad atti di terrorismo.

L'art. 6 della Risoluzione ha quindi funto da modello al Legislatore italiano per effettuare le modifiche alle fattispecie incriminatrici del Codice Penale operate dal D.L. 7/2015⁷.

3. Le modifiche all'art. 270-*quater* c.p.

La modifica operata sull'art. 270-*quater* c.p. consiste nell'inserimento di un secondo comma incriminante la condotta di chi "fuori dei casi di cui all'articolo 270-*bis* c.p., e salvo il caso di addestramento, la persona arruolata è punita con la reclusione da cinque a otto anni".

La modifica, pertanto, ha inteso punire, seppur con pena più bassa, anche il soggetto arruolato, creando una fattispecie autonoma di reato.

L'aspetto più importante su cui l'interprete deve soffermare la propria attenzione è costituito dalle due clausole di riserva, che non consentono l'applicazione dell'art. 270-*quater*, co. 2 c.p. nei casi di associazione con finalità di terrorismo (art. 270-*bis* c.p.) o di arruolamento con finalità di terrorismo, fattispecie quest'ultima punita dall'art. 270-*quinquies* c.p.

Lo spazio applicativo del nuovo art. 270-*quater*, co. 2 c.p. è, dunque, ritagliato in negativo rispetto a quello della realtà associativa: laddove vi sia un'associazione criminosa, si applicherà l'art. 270-*bis* c.p. mentre, al contrario, in presenza di meri contatti tra individui, slegati da qualunque forma associativa, si applicherà la nuova fattispecie di arruolamento.

Già da queste prime note si possono evidenziare le perplessità circa i reali spazi applicativi che la fattispecie avrà⁸.

L'arruolato è, nelle intenzioni del Legislatore del 2015, qualcosa di meno di un partecipe. In una scala di crescita intensità, l'arruolato si collocherà in un gradino immediatamente inferiore a quello del partecipe all'associazione di cui all'art. 270-*bis* c.p., che ne rappresenta per così dire il limite superiore, e immediatamente superiore a quello occupato da altre figure quali l'istigatore o il simpatizzante per le idee propuginate dall'associazione, che costituiscono il limite inferiore.

⁴ [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178(2014))

⁵ "Reaffirming that terrorism in all forms and manifestations constitutes one of the most serious threats to international peace and security and that any acts of terrorism are criminal and unjustifiable regardless of their motivations, whenever and by whomsoever committed, and remaining determined to contribute further to enhancing the effectiveness of the overall effort to fight this scourge on a global level".

⁶ "Recalls its decision, in resolution 1373 (2001), that all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and decides that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense:

(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 wilful 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 wilful 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".

⁷ Il testo ha operato anche altre modifiche al Codice Penale che però non saranno esaminate: ha inserito l'art. 270-*quater*.1, punendo l'organizzazione di viaggi con finalità di terrorismo, e ha modificato gli artt. 302 e 414 c.p., incriminando anche le forme di cospirazione o di istigazione compiute con strumenti telematici o informatici, e 497-*bis* c.p., prevedendo un'ipotesi aggravata di fabbricazione di documenti personali falsi.

⁸ Sul punto A. VARVARESSOS, *op. cit.*, p. 6.

Ciò premesso, proseguiamo nell'indagine sull'esame dei reali spazi applicativi del nuovo art. 270-*quater*, comma 2 c.p., cominciando dal limite superiore.

Di primo acchito, quando si affronta il tema dell'arruolamento, il convitato di pietra è rappresentato proprio da una realtà associativa già esistente, o in costruzione, che abbisogna di uomini per perseguire i propri obiettivi.

L'arruolatore viene immaginato come un soggetto già intraneo all'associazione mentre l'arruolato un soggetto desideroso di farvi parte.

Il tema dell'arruolamento, pertanto, richiama inevitabilmente a sé il concetto di associazione. Ebbene, come si fa a ritagliare uno spazio di applicazione per una fattispecie, la cui condotta implicitamente richiama all'associazione, ma che ha una clausola di riserva che ne esclude l'applicazione in presenza di ipotesi associative?

Occorre, allora, effettuare uno sforzo ermeneutico sul concetto di arruolamento e verificare se esso trovi un'applicazione anche in ipotesi differenti a quello associativo.

Nel Codice Penale il termine arruolamento si rinviene soltanto in un'altra fattispecie, l'art. 244 c.p., rubricato "*Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di una guerra*", che punisce, tra le altre, la condotta di "*chiunque, senza l'approvazione del Governo, fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero*".

Emerge in modo lampante come il concetto di arruolamento rinvii all'esistenza di un consesso organizzato, in questo caso addirittura di un'organizzazione militare, in cui inquadrare l'arruolato.

La Corte di Cassazione⁹, sollecitata sulla questione con riferimento alla condotta dell'arruolatore, ha ritenuto, da un lato, che l'inquadramento in un'organizzazione militare rappresenti soltanto una delle possibili forme di manifestazione dell'arruolamento, non esaurendole tutte; dall'altro lato, che per arruolamento non si possa intendere una qualsiasi attività di reclutamento volta al reperimento di uomini per il soddisfacimento delle esigenze dell'associazione terroristica.

Di conseguenza, la Suprema Corte ha posto una distinzione tra "arruolamento" e "reclutamento", in base alla quale soltanto le condotte riconducibili al primo gruppo sarebbero sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 270-*quater* c.p..

In altri termini, l'arruolamento sarebbe equiparabile alla nozione di ingaggio "*intesa come raggiungimento di un "serio accordo" tra soggetto che propone (il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo) e soggetto che aderisce*".

La distinzione si basa su tre elementi:

a) la differenza obiettiva tra i concetti di reclutamento e arruolamento è presente nella legislazione italiana in virtù dell'avvenuta ratifica, con legge n. 210 del 12 maggio 1995, della convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 4 dicembre 1989. Detta convenzione internazionale mira a reprimere il fenomeno dell'ingaggio, in formazioni militari o paramilitari, caratterizzato non già da adesione ideologica a scopi latamente politici o religiosi quanto dal vantaggio economico che ne deriva per il soggetto reclutato, in presenza delle condizioni e finalità dell'azione descritte nel testo dell'atto.

Ora, all'art. 4 della legge di ratifica si punisce espressamente la condotta del "reclutare", intesa come comprensiva di ogni attività di reperimento di persone disponibili ad operazioni militari mercenarie e di raggiungimento di un accordo, finalizzato al loro impiego¹⁰. Trattasi pertanto di condotta inclusiva - sotto il profilo del rilievo penale - della fase che precede l'accordo (oltre che l'effettivo inserimento nella struttura) ritenuta, in presenza del particolare finalismo, meritevole di sanzione sotto il profilo del reato consumato.

b) la scelta, da parte del legislatore nel 2005, del termine "arruola" (in luogo di recluta) non può pertanto ritenersi priva di valore, nel senso che è da ritenersi espressiva - fermo restando quanto detto in precedenza - della volontà di "fissare" il momento consumativo del reato in una fase più avanzata rispetto a quella della mera proposta (da parte del reclutante) o trattativa, anche in ragione del particolare settore in cui è collocata la norma (la finalità di terrorismo) e del relativo rischio di confondere l'attività di mero proselitismo ideologico con il fatto tipico di reato;

c) ciò, tuttavia, non consente di affermare che la consumazione del delitto di arruolamento

⁹ Cass. Pen., I, 9 settembre 2015, n. 40699.

¹⁰ Cfr. Cass. Pen., VI, 1 luglio 2003, n. 36776.

debba essere collocata "oltre" rispetto al momento del raggiungimento del "serio accordo" tra arruolante e arruolato, ove l'accordo risulti qualificato dalla "doppia finalità" prevista dalla norma incriminatrice (compimento di atti di violenza o sabotaggio con finalità di terrorismo) e ciò in virtù del fatto che, oltre a quanto già detto, è il raggiungimento dell'accordo (nei suffetti termini) ad integrare il disvalore del fatto ed a porsi come momento di raggiungimento dell'elevato pericolo (in tesi presunto) cui è correlata la punibilità.

Pertanto, secondo la Corte di Cassazione, l'arruolamento consiste in un accordo tra arruolatore e arruolato dotato dei requisiti della serietà e della condivisione, da parte del secondo, del programma d'intenti avanzato dal primo.

Anche così definito, tuttavia, il concetto di arruolamento non riesce a sganciarsi da una logica associativa: l'arruolatore continua a rimanere l'intermediario tra l'associazione e l'arruolato. Inoltre l'arruolato, accordandosi con l'arruolatore e aderendo al piano proposto dal primo, viene descritto come fosse, in realtà, un soggetto desideroso di assumere le vesti di partecipe ad un'associazione.

Problematica risulta anche la definizione del discrimine tra le condotte descritte dall'art. 270-*quater* c.p. e quella di fattispecie attigue. Si intende fare riferimento, in particolare all'istigazione a commettere delitti contro la personalità politica dello Stato, art. 302 c.p., e alla cospirazione politica mediante accordo, art. 304 c.p.¹¹

Si tratta di due fattispecie che puniscono, rispettivamente, colui che istiga taluno a commettere alcuno dei delitti non colposi previsti nel Capo primo e secondo del Titolo e coloro che si accordano per la commissione dei medesimi delitti, tra i quali rientra la costituzione di un'associazione con finalità di terrorismo.

A ben vedere il discrimine tra le condotte di cospirazione, istigazione e arruolamento appare sottile.

In effetti, tutte le summenzionate fattispecie presuppongono l'esistenza di almeno due parti in cui una compie attività di convincimento sull'altra in merito alla validità di un programma che prevede il compimento di delitti contro la personalità dello Stato; inoltre, tutte hanno come elemento in comune la finalità di terrorismo che si atteggia o come reato scopo (nel caso dell'istigazione o della cospirazione) o come elemento di dolo specifico (nel caso dell'arruolamento)¹².

Il fatto che un soggetto arruoli un altro può quindi essere diversamente qualificato come arruolamento o come cospirazione. Spetterà alla sensibilità dell'Autorità giudiziaria la corretta qualificazione del fatto.

4.

La nuova fattispecie di auto-addestramento.

Il secondo intervento compiuto dal D.L. 7/2015 è rappresentato dalla modifica all'art. 270-*quinquies* c.p.

La disposizione, inserita nel 2005 al pari dell'art. 270-*quater* c.p., puniva le condotte di addestramento, rappresentate dall'addestrare o dal fornire 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.

Veniva inoltre prevista la punibilità anche per il soggetto addestrato.

A differenza dell'originario 270-*quater* c.p., punente soltanto l'arruolatore, l'art. 270-*quinquies* c.p. reprimeva l'addestramento da entrambi i versanti attivo e passivo. Ciò era giustificato dall'intrinseca maggiore pericolosità rappresentata dalla condotta di addestramento rispetto a quella di arruolamento. Infatti, il procacciamento di uomini è attività prodromica a quella, logicamente successiva, di addestramento e un soggetto che ha semplicemente manifestato la propria adesione a un programma di violenza è meno pericoloso di uno che, invece, ha acquisito le conoscenze necessarie per porre in essere tale programma, mediante la fabbricazione di bombe o la realizzazione di attentati.

Da tali considerazioni discendeva sia un trattamento sanzionatorio più pesante per l'addestramento rispetto all'arruolamento (e ciò spiegava anche la clausola di riserva a favore dell'art.

¹¹ Per maggiori approfondimenti, F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 936.

¹² A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2015, 7.

270-*quinquies*) sia la punibilità del soggetto addestrato a differenza dell'arruolato che non era destinatario di alcuna sanzione.

La riforma del 2015 ha introdotto la punibilità anche del c.d. "auto-addestramento". Con tale espressione si intende fare riferimento all'autonoma acquisizione di informazioni, relative alla commissione di attentati, da parte di aspiranti terroristi senza l'intermediazione dell'addestratore.

Si tratta di un fenomeno che ha alcuni riscontri nella realtà odierna: la vasta diffusione su *internet* di materiale riguardante la produzione di armi o la fabbricazione di ordigni consente, potenzialmente, a chiunque di acquisire da solo le conoscenze necessarie per effettuare un attentato.

La nuova fattispecie, inserita nel corpo dell'art. 270-*quinquies* c.p., estende la pena prevista per addestratore e addestrato, reclusione da cinque a dieci anni, anche a "colui che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies*".

Le perplessità suscitate dalla nuova fattispecie non sono minori di quelle destinate dalla punibilità dell'arruolato.

In primo luogo, risultano di difficile comprensione le ragioni politico-legislative che sottendono l'incriminazione dell'auto-addestramento. Il singolo fatto che un soggetto decida di acquisire informazioni in merito alla fabbricazione di ordigni esplosivi o all'utilizzo di armi da fuoco non ne fa automaticamente un terrorista¹³. La nuova disposizione, invece, per molti versi sembra assumere le vesti di una fattispecie di sospetto, in cui la punibilità del soggetto è desunta dall'aver tenuto un certo comportamento che fa presumere la sua devianza dalle regole del vivere civile e la sua futura trasgressione.

Se l'intento del legislatore era quello di punire il c.d. "lupo solitario", ossia il soggetto che compie autonomamente atti di terrorismo, la precedente versione dell'art. 270-*quinquies* c.p. era sufficiente. La fattispecie, lo si ripete, puniva non soltanto l'addestratore ma anche l'addestrato, sicché non si vedeva la necessità di inserire un'altra disposizione.

In secondo luogo, i contorni della fattispecie risultano poco nitidi.

Il Legislatore, per evitare che la fattispecie di "auto-addestramento" risultasse eccessivamente indeterminata, ha costruito l'incriminazione incentrandola sul compimento di atti di comportamenti univocamente finalizzati al compimento di condotte con finalità di terrorismo.

L'acquisizione di informazioni concernenti l'utilizzo di armi, esplosivi, sostanze chimiche o batteriologiche rappresenta soltanto un presupposto della condotta tipica, costituita dal compimento di atti preparatori al compimento di condotte con finalità di terrorismo.

La fattispecie descritta propone un'enorme anticipazione della tutela penale: da un'attenta esegesi emergono tre profili che giustificano tale affermazione.

a) l'art. 270-*quinquies*, seconda parte c.p., incrimina il porre in essere comportamenti e non atti. L'atto è termine più preciso e qualifica gesti percepibili nella realtà esterna, laddove i comportamenti hanno una portata più generica;

b) i comportamenti devono essere soltanto univocamente finalizzati. Manca il requisito dell'idoneità, presente invece nel tentativo. Se quest'ultimo requisito sia o meno implicito nell'univocità è tema già affrontato con riguardo ai delitti di attentato¹⁴. Il requisito dell'univocità non sembra fornire grandi garanzie in merito alla capacità di selezionare ciò che è penalmente rilevante da ciò che non lo è. Ciò è dovuto al fatto che, per la valutazione dell'univocità, occorre confrontare la condotta del soggetto con il referente teleologico cui la condotta tendeva;

c) il referente teleologico per valutare l'univocità del comportamento posto in essere dal soggetto attivo è rappresentato dalla commissione delle condotte con finalità di terrorismo, così come descritta dall'art. 270-*sexies* c.p. Quest'ultima disposizione si caratterizza per essere particolarmente ampia e priva di una reale capacità selettiva. Si definiscono condotte con finalità di terrorismo le condotte che "per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione

¹³ Acutamente rileva A. CAVALIERE, *op. cit.*, "sarà sufficiente [ad integrare il reato de quo] informarsi sul tipo di cesoie occorrenti per tagliare fili elettrici - pensando ad un futuro sabotaggio di servizi pubblici essenziali con la finalità di costringere un pubblico potere ad omettere qualcosa - e poi uscire di casa per andare ad acquistarle".

¹⁴ Sul punto si rinvia a T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, X e F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2012, oltre che al fondamentale contributo di E. GALLO, *Attentato (delitti di attentato)*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1988, p. 340.

o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia".

Ne consegue, per via del richiamo effettuato all'art. 270-*sexies* c.p., che l'auto-addestramento rappresenti una fattispecie preparatoria alla commissione di qualsiasi delitto caratterizzati dalla finalità di terrorismo, tra cui l'art. 270-*bis* c.p. e i delitti di attentato disseminati nel Titolo primo del Libro secondo.

Pertanto, ammettendo che l'auto-addestramento sia finalizzato al compimento di attentati, ne risulta che, in sostanza, il nuovo art. 270-*quinquies* c.p. punisca l'attentato dell'attentato, realizzando un'enorme anticipazione della soglia di punibilità.

La mancanza dell'elemento dell'idoneità dei comportamenti avvicina la fattispecie ai delitti di attentato: l'anticipazione della soglia di punibilità è fortissima¹⁵.

In terzo luogo, vi è un altro problema, di carattere applicativo. Nell'intenzione del Legislatore, l'art. 270-*quinquies* c.p. dovrebbe rappresentare un *prius* logico rispetto alla commissione di attentati con finalità di terrorismo (prima mi addestro e poi commetto l'attentato).

Poiché la nuova fattispecie incentra la condotta tipica non nell'acquisizione di informazioni bensì nel "compimento di comportamenti", l'auto-addestramento si colloca su un piano di stretta contiguità con altre fattispecie consimili.

Si intende fare riferimento alle fattispecie di strage (art. 422 c.p.), attentato con finalità di terrorismo (art. 280 c.p.) e attentato con ordigni esplosivi (art. 280-*bis* c.p.).

Sono tutte fattispecie che possono essere realizzate anche in forma monosoggettiva, non necessitando dello strumento associativo, e che sono descritte come delitti di attentato.

Che cosa deve applicare l'interprete?

Effettuando un raffronto tra la fattispecie di auto-addestramento e quelle sopra citate, i risultati cui si può giungere sono i seguenti:

1- rispetto al delitto di strage¹⁶, entrambe le condotte presuppongono il compimento di atti ("*compie atti*" recita l'art. 422 c.p.) o comportamenti prodromici alla realizzazione di macro eventi, costituiti rispettivamente dal pericolo per la pubblica incolumità o dal perturbamento della personalità dello Stato. Strutturalmente affini, le due fattispecie si differenziano per il carico sanzionatorio, che è maggiore per l'art. 422 c.p., punito con l'ergastolo.

2- anche rispetto all'attentato con finalità di terrorismo, che punisce chiunque attenti alla vita o alla incolumità delle persone, si riscontra un fenomeno di sovrapposizione. Il concorso tra norme, mediante il raffronto logico - strutturale, si risolve a favore dell'art. 280 c.p.: avendo entrambe le fattispecie la medesima finalità, l'elemento decisivo è rappresentato dal fatto che, nell'art. 270-*quinquies* c.p., il compimento dell'offesa è rivolto *ad incertam personam*, mentre nell'art. 280 il destinatario è ben definito ("chiunque per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita od all'incolumità fisica di una persona")¹⁷.

3- meno problematico è il raffronto tra l'art. 280-*bis* c.p.¹⁸ e l'art. 270-*quinquies* c.p., grazie alla clausola di riserva prevista dal primo "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*", facendo quindi propendere a favore del secondo, che punisce più pesantemente il soggetto attivo. A livello strutturale, tuttavia, vi è un rapporto di specialità reciproca per aggiunta tra le due fattispecie, in quanto l'art. 270-*quinquies* presuppone l'acquisizione di informazioni specifiche circa le modalità di commissione dell'attentato, mentre l'art. 280-*bis* c.p. è specifico nell'identificazione dell'oggetto materiale della condotta, rappresentato da cose mobili o immobili altrui, oltre che dall'utilizzo di dispositivi esplosivi o comunque micidiali.

Dall'esame svolto, emerge come gli spazi di applicazione dell'art. 270-*quinquies* c.p. siano particolarmente ristretti. Perplessità vi sono anche alla effettiva necessità di prevedere una siffatta fattispecie, considerando che, come messo in evidenza, non vi fossero vuoti di tutela da colmare, esistendo ben tre fattispecie di attentato.

¹⁵ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, http://www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/contrasto-al-terrorismo-internazionale-e-il-diritto-penale-al-limite_10.php.

¹⁶ S. CANESTRARI, *Elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*, in *Stud. Jur.*, 2001, 533; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p.s., IX, I.

¹⁷ M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010; A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 1127.

¹⁸ M. PELISSERO, *Reati*, op. cit.

5.

Conclusioni.

Entrambe le fattispecie analizzate suscitano nell'interprete numerose perplessità in merito alle reali possibilità di venire applicate.

Si tratta di fattispecie che o si sovrappongono ad altre fattispecie (è il caso dell'auto-addestramento) oppure presuppongono l'esistenza di un contesto associativo (è il caso dell'arruolamento).

Al di là del formale rispetto degli obblighi di incriminazione comunitari, si può ritenere che la vera ragione del loro inserimento sia quella di fornire all'Autorità Giudiziaria maggiori strumenti nella fase precedente all'instaurazione del giudizio per la prevenzione e la ricerca degli elementi di prova.

Non può certo sfuggire all'interprete come l'art. 4 del D.L. 7/2015 modifichi l'art. 4, lett. d) del Codice Antimafia (D. Lgs. 159/2011) inserendo, tra i destinatari delle misure di prevenzione personali, anche i soggetti che abbiano posto in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti per la commissione di reati con finalità di terrorismo.

Sulla stessa scia, l'art. 9 del Codice Antimafia consente al Questore, in casi di necessità e urgenza, di ritirare il passaporto o sospendere la validità di altri documenti equipollenti per l'espatrio nei confronti dei medesimi soggetti.

Infine, vengono previsti, dall'art. 2 del D.L. 7/2015, nuovi poteri per l'Autorità Giudiziaria nel contrasto alla diffusione e veicolazione di informazioni potenzialmente pericolose su *Internet*: viene formato presso il Ministero dell'Interno un elenco di siti "*utilizzati per le attività e le condotte di cui agli articoli 270-bis e 270-sexies del codice penale, nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria richiamati dal medesimo comma 2 dell'articolo 7-bis del decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005*".

In aggiunta, l'Autorità Giudiziaria potrà chiedere ai fornitori di servizi telematici di vietare l'ingresso ai menzionati siti, nonché, addirittura, di rimuoverli.

Trattandosi di misure particolarmente invasive, sebbene giustificate dalle esigenze di sicurezza nazionale, l'inserimento delle fattispecie di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p. forniscono la legittimazione, sul piano normativo, a operare pur in assenza di un quadro probatorio che giustificerebbe l'incriminazione per delitti più gravi, quali l'associazione con finalità di terrorismo.

Le nuove disposizioni, in sostanza, essendo meno definite sul piano della tipicità, permettono, in fase di indagini, maggiore libertà all'azione di prevenzione e repressione dell'Autorità Giudiziaria. Una volta acquisiti maggiori elementi probatori, in fase di formulazione dell'imputazione, è probabile che le nuove fattispecie cederanno il passo ad altre, maggiormente definite.

Concludendo, si è dinanzi ad una nuova versione di un modulo sempre verde¹⁹: il piegarsi delle fattispecie sostanziali per il soddisfacimento delle esigenze processuali.

¹⁹ T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, p. 527.

La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale

Il difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e libertà di espressione

The Punishment of Incitement in the Fight Against International Terrorism

The Difficult Balance Between Security Needs and Freedom of Speech

VALÉRIE NARDI

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche - Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno, comparato, europeo ed internazionale: profili sostanziali e processuali, presso l'Università degli Studi di Messina

TERRORISMO, ISTIGAZIONE, PUBBLICA PROVOCAZIONE,
LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO,
ORDINE PUBBLICO

TERRORISM, INCITEMENT, PUBLIC PROVOCATION,
FREEDOM OF SPEECH, PUBLIC ORDER

ABSTRACT

Le misure elaborate sul piano sovranazionale per rispondere adeguatamente all'evoluzione delle minacce terroristiche impongono, tra l'altro, la punibilità dell'istigazione a commettere reati terroristici e della pubblica provocazione. Sennonché, la pur legittima esigenza di colpire l'opera di proselitismo che avviene in certi luoghi di culto da parte di taluni predicatori o attraverso internet e i social media, divenuti sempre più spesso i canali principali usati dai terroristi per diffondere propaganda, rischia di incidere sulla libertà, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuta, di manifestazione del pensiero. A fronte, dunque, di un'eventuale espansione dell'area del penalmente rilevante, il problema cruciale è quello di individuare quale sia il limite tollerabile di flessibilizzazione di un diritto così fondamentale, in nome della sicurezza collettiva.

The measures developed at the supranational level in order to adequately respond to evolving terrorist threats impose, among other things, the punishability of public provocation and incitement to commit terrorist offenses. However, while there is a legitimate need to fight the acts of proselytism proliferating in some places of worship by means of certain preachers and by way of the internet and social media, increasingly becoming the main channels used by terrorists to spread propaganda, it is likely to affect the constitutionally and conventionally recognized freedom of speech. Therefore, given a possible expansion of the ambit of the criminal action, it is paramount to identify what the tolerable limit of flexibility of such a fundamental right is, in the name of collective security.

SOMMARIO

1. Il contesto europeo di riferimento: la “guerra occidentale” al terrorismo islamico. – 2. Le radici del terrorismo islamico tra indottrinamento religioso e perversioni dell’intolleranza. – 3. La punibilità dell’istigazione al terrorismo nella normativa di origine sovranazionale. – 4. L’attuazione in Italia degli obblighi di criminalizzazione sovranazionali. – 5. Sicurezza collettiva *vs* libertà di espressione nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale. – 6. La punibilità dell’istigazione indiretta: quali limiti alla flessibilizzazione delle garanzie? – 7. Prospettive *de lege ferenda*. Conclusioni.

1.

Il contesto di riferimento: la “guerra occidentale” al terrorismo islamico.

A partire dall’11 settembre 2001, la diffusione del terrorismo globale di matrice islamista ha costretto gli Stati occidentali ad apprestare specifiche strategie politico-criminali, per neutralizzare nella maniera più efficace un fenomeno così sfuggente e pericoloso per la collettività¹. In questo quadro, si è abitualmente contrapposto l’approccio adottato dai Paesi anglosassoni² – Stati Uniti in testa – e quello scelto dai Paesi dell’Europa continentale – tra cui l’Italia³.

In particolare, il modello statunitense si è caratterizzato per un ruolo marginale del diritto e della giurisdizione penale e, conseguentemente, per un accentramento degli strumenti anti-terroristici nelle mani del potere esecutivo e dei servizi segreti, in un’ottica bellicistica, in virtù della quale il terrorista non è un criminale ma un vero e proprio nemico da combattere (si parla di *enemy combatant*) ricorrendo a ogni mezzo che sia necessario o utile, con la possibilità di compressioni tendenzialmente illimitate dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁴.

Al contrario, gli ordinamenti europei hanno rigettato l’impostazione bellicistica americana, scegliendo di preservare un sistema liberale ancorato alle ordinarie categorie del diritto e della giurisdizione penale⁵.

Senonché, pur a fronte di una strategia che – quantomeno nelle intenzioni – ha inteso continuare a mantenere il sistema di garanzie fondamentali anche di fronte ad atti criminali

¹ In verità, già prima dell’attacco alle Torri Gemelle di New York, numerosi attentati terroristici erano stati compiuti con successo da parte di gruppi di matrice islamico-radical; tuttavia, la circostanza che tali fatti sanguinosi fossero stati realizzati in terre lontane, spesso già scenario di guerre e scontri etnici, aveva indotto i Paesi occidentali a non preoccuparsi eccessivamente delle dinamiche geopolitiche e socio-culturali che stavano portando alla nascita e allo sviluppo del fenomeno *jihadista*. Sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, p. 1 ss. D’altra parte, sul piano strettamente penalistico, prima delle modifiche introdotte all’art. 270 *bis* c.p. con la L. n. 374 del 15.12.2001, la definizione di terrorismo era stata elaborata dalla prevalente giurisprudenza italiana con riferimento a fenomeni interni, escludendone l’applicabilità nei casi di offesa ad uno Stato estero, fuoriuscendo quest’ultimo dalla portata del bene giuridico delle norme collocate tra i delitti contro la personalità dello Stato: Cass. Pen., sez. VI, 1.6.1999, n. 737, A. e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 485, con nota di A. PECCIOLI, *Associazione a base italiana con finalità eversiva di un ordinamento straniero*; Cass. Pen., sez. VI, 1.3.1996, n. 973, F., in *Foro it.*, 1996, II, p. 578; Cass. Pen., sez. VI, 30.1.1996, n. 561, B., in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 158; Cass. Pen., sez. V, 26.5.1998, n. 3292, A.C.B., in *Cass. pen.*, 1999, p. 3403. *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 14.7.1989, H., in *Riv. pen.*, 1990, p. 668.

² Solitamente all’approccio politico-criminale adottato dagli Stati Uniti è accomunato quello adottato dal Regno Unito, dal Canada e dall’Australia: sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 110, nota 3, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³ In questo senso, tra i molti, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 655 ss.; Id., *Terrorismo islamico e art. 270 bis c.p.*, in AA.VV., *Terrorismo e legislazione penale (Incontro di formazione CSM, 14 aprile 2005)*, in www.csm.it, p. 3 ss.; F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato di crisi*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 505 ss.; A. SPATARO, *Otto anni dopo l’11 settembre*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2009, p. 160 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 67 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 177ss.; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 109ss.

⁴ Per un’analisi più dettagliata delle misure anti-terrorismo adottate negli Stati Uniti dal settembre 2001, oltre alle fonti già citate, J. A. E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 739 ss.; Id., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, p. 237 ss.; S. RIONDATO, *Uno sguardo dall’Europa al nuovo diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo*, in S. CANESTRARI – L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa?*, Milano, 2005, p. 295ss.; D.M. AMMAN, *Le leggi americane contro il terrorismo*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 27 ss.; M. DUBBER, *Guerra e pace: diritto penale del nemico e Police Power Model nel sistema statunitense*, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, p. 323 ss.; L. SALAS, *Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d’America*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 305 ss.; M. MIRAGLIA, *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Quest. giust.* 2/3, 2004, p. 298; V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l’Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”*, *ivi*, p. 283 ss.

⁵ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 659.

di indubbia gravità come quelli terroristici⁶, anche i Paesi europei hanno introdotto diverse misure di irrigidimento della propria legislazione, finendo per configurare un modello ibrido, non allineato a quello americano ma comunque distante dal sistema penale classico ed applicabile alla criminalità comune⁷.

Più specificamente, per ciò che concerne il diritto penale sostanziale, le caratteristiche principali di questo sottosistema possono essere individuate:

- nel ruolo centrale attribuito alle fattispecie associative⁸. Invero, queste ultime, oltre a consentire di attivare strumenti di indagine invasivi ed efficaci in presenza di una bassa soglia indiziaria, rispondono all'esigenza di prevenzione insita nella strategia di contrasto al terrorismo, dal momento che permettono di punire il soggetto agente solo in ragione del suo inserimento all'interno della struttura associativa, senza che lo stesso sia necessariamente coinvolto nella realizzazione di un reato-fine⁹.

- nell'anticipazione della tutela. La maggior parte delle incriminazioni introdotte dai legislatori degli Stati dell'Europa continentale a partire dai drammatici fatti dell'11 settembre 2001 si caratterizza, infatti, per l'arretramento della soglia di punibilità rispetto a condotte molto distanti da una possibile lesione o messa in pericolo del bene giuridico, in deroga alle regole generali, quali ad esempio quelle cristallizzate all'art. 115 c.p., che sanciscono l'irrilevanza di tali atti, nonché ai principi di offensività e materialità¹⁰.

Si inseriscono in questo quadro le fattispecie inerenti all'istigazione, la cui caratteristica principale è rappresentata, come è noto, dalla punibilità di condotte che consistono in una manifestazione del pensiero.

- nell'elevato livello sanzionatorio. Invero, molte delle fattispecie in materia di terrorismo si caratterizzano per il particolare rigore della cornice editale, anche rispetto a condotte spesso lontane dal determinare una effettiva offesa al bene giuridico¹¹.

A questi caratteri distintivi, che a ben vedere presentano affinità con diversi settori di disciplina¹², parte della dottrina non manca di aggiungerne altri: sono queste note che, operando su un piano non meramente quantitativo bensì qualitativo, finirebbero per identificare il c.d.

⁶ In questo senso è indicativo che tutte le fonti sovranazionali qualifichino le misure di contrasto al terrorismo ivi contenute come rispettose dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea o dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: cfr., sul punto, par. 10 del Preambolo alla Decisione Quadro Gai del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI) e par. 13 del Preambolo alla Decisione Quadro Gai del 28 novembre 2008 (2008/919/GAI).

⁷ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 660.

⁸ Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, il riferimento non può che essere al delitto di associazione con finalità di terrorismo ex art. 270 bis c.p. che, infatti, anche alla luce dell'interpretazione flessibile data dalla giurisprudenza, costituisce la fattispecie che ha trovato maggiore applicazione dal 2001, spesso a discapito di altre ipotesi previste dal codice penale: sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 172 ss., anche per i richiami giurisprudenziali. Sull'art. 270 bis c.p., così come modificato nel 2001, ex plurimis, F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3953 ss.; A. GAMBERINI, *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p.*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 69 ss.; E. APRILE, *Art. 270 bis c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. VI, Milano, 2010, p. 191 ss.; C. CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 897 ss.; E. ROSI, (voce) *Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. 2005, p. 1628 ss.; A. VALSECCHI, *art. 270 bis c.p.*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice Penale Commentato*, vol. I, ed. 4^a, Milano, 2015, p. 2996; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, IV, Torino, 2010, p. 185 ss.; C. PARAVANI, *Art. 270 bis c.p.*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Vol. 1, I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008, p. 320ss.; G. PALOMBARINI, *Art. 270 bis c.p.*, in A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 691 ss.

⁹ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 660.

¹⁰ Vengono in rilievo, da questo punto di vista, molte delle fattispecie introdotte già con il D.L. n. 144 del 2005 e, più di recente, con il D.L. n. 7 del 2015, aventi ad oggetto l'incriminazione di condotte preparatorie, tra cui l'arruolamento e l'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270-quater e quinquies c.p.); l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270 quater.1 c.p.); la fabbricazione e il possesso di documenti falsi validi per l'espatrio (art. 497-bis c.p.). Sulla tendenza del legislatore ad espandere, in materia di contrasto al terrorismo internazionale, l'intervento penale, dando luogo ad una violazione dei principi di offensività e determinatezza, tra i contributi più recenti, A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 226 ss.

¹¹ L'aggravamento della risposta sanzionatoria è assicurato dal legislatore non soltanto attraverso la previsione per tutti i reati di terrorismo di cornici edittali particolarmente aspre, ma soprattutto per il tramite di una circostanza aggravante comune a effetto speciale (art. 1, D.L. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito nella L. 6 febbraio 1980 n. 15), applicabile a qualsiasi reato in concreto commesso per finalità di terrorismo o di eversione, salvo che tale finalità già costituisca elemento costitutivo del reato medesimo, e sottratta al giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti (art. 1, comma 3, D.L. n. 635/1979 già citato); a ciò si aggiunga la particolare disciplina in tema di concessione di benefici penitenziari (art. 4 bis ord. pen., introdotto dall'art. 1, D.L. 13 maggio 1991 n. 152, convertito nella L. 12 luglio 1991 n. 203, e successive modificazioni) nonché un complesso apparato di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Sui profili generali del sistema sanzionatorio nei delitti di terrorismo, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 159 ss.

¹² Così F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 666 ss. In particolare, il riferimento è alla normativa adottata in Italia, a partire dagli anni Settanta, per combattere il terrorismo interno e la criminalità organizzata, specialmente di tipo mafioso.

“diritto penale del nemico”¹³.

In particolare, le deviazioni più significative rispetto al paradigma del diritto penale classico vengono riscontrate nella tendenza a perseguire “logiche d’autore” e nella propensione della pena ad avere una funzione di neutralizzazione e segregazione, piuttosto che di risocializzazione e rieducazione¹⁴.

Invero, come dimostrato dalla previsione di forme di anticipazione della tutela, il legislatore tende a porre a fondamento del trattamento punitivo riservato al reo la sua appartenenza a una specifica categoria soggettiva, caratterizzata da una spiccata indole malvagia e da un’accentuata pericolosità, in antitesi con i principi fondamentali propri del diritto penale del fatto¹⁵. In questo senso, l’appartenenza in parola costituisce qualcosa di molto diverso dalla qualifica personale dei reati propri, assumendo il significato di “elemento costitutivo identitario”: il nemico è tale non per gli atti pregiudizievoli dallo stesso posti in essere, ma per il suo legame con una determinata categoria o con un gruppo che, peraltro, può fondarsi su elementi identificativi estremamente vari e generici¹⁶.

D’altra parte, nel momento in cui si qualifica il reo come un nemico¹⁷, è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione, per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione. Più specificamente, alla base di questa diversa finalità della sanzione penale, vi è l’idea che il terrorista – disposto anche al martirio per raggiungere i suoi scopi – disconosca in termini assoluti i valori che stanno alla base della società, sicché sarebbe inutile ogni tentativo di minaccia e persuasione – sul piano generalpreventivo – e, parimenti, ogni funzione di reintegrazione o recupero nella società – su quello specialpreventivo¹⁸.

Ciò detto, la questione che a questo punto si pone è se un sottosistema così configurato, sicuramente lontano dal paradigma del diritto penale classico, resti comunque compatibile con il nostro assetto valoriale, dal momento che proprio il riconoscimento e il rispetto delle garanzie individuali costituiscono l’essenza stessa su cui si fondano le moderne democrazie occidentali.

Il dibattito, come è noto, ha visto scontrarsi diversi orientamenti.

Da un lato, vi è chi ritiene legittimo e necessario configurare all’interno degli ordinamenti statali un doppio sistema fondato sulla contrapposizione tra il cittadino, quale individuo titolare di diritti e obblighi, e il nemico, concepito come una mera fonte di pericolo da neu-

¹³ Come è noto, la categoria del “diritto penale del nemico” è stata elaborata nella sua versione originale da un giurista tedesco: G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, p. 751 ss. Il modello delineato dall’Autore – le cui tesi sono tornate al centro dell’attenzione della scienza penalistica internazionale a partire dal 2000, adattandosi perfettamente all’emergenza del terrorismo di matrice islamica – mira a neutralizzare, con tutti i mezzi necessari, la pericolosità individuale di quei soggetti dai quali non ci si può attendere l’osservanza delle regole fondamentali della convivenza civile, e si caratterizza per l’accentuato arretramento della tutela penale ad atti preparatori, per gli altissimi livelli sanzionatori e per la riduzione, sul piano processuale, delle garanzie difensive.

Per una ricognizione sul tema del “diritto penale del nemico” nella dottrina italiana, anche criticamente, *ex plurimis*, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS – E. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 19 ss.; Id., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 2, p. 55 ss.; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 797 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico*, cit., p. 179 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico nel diritto penale e l’amico nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 646 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit. p. 666 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 7 ss.

¹⁴ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 676 ss. A queste caratteristiche, condivise da altra dottrina, l’Autore aggiunge anche la tendenziale *de-giurisdizionalizzazione* del processo di applicazione della risposta sanzionatoria, realizzata attraverso la creazione di “binari” paralleli di indagine che, in relazione ai reati di terrorismo, attribuiscono la competenza giurisdizionale esclusiva ai magistrati inquirenti e accrescono notevolmente i poteri d’intervento e gli strumenti di indagine delle forze di polizia.

¹⁵ F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 927.

¹⁶ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 677 ss., secondo cui l’appartenenza identitaria rischia di essere una categoria largamente indifferenziata, che può ricomprendere soggetti quali i migranti o intere comunità definite sulla scorta del proprio credo religioso o ideologico-politico. Sotto questo profilo, il diritto penale del nemico costituirebbe una realtà inquietante, dal momento che nella costituzione identitaria del nemico entrerebbero in gioco fattori estremamente vari, del tutto estranei a razionali e ragionevoli valutazioni presuntive di pericolosità, in una logica del tutto avulsa dalla giuridicità, intesa quale misura razionale del comportamento umano.

¹⁷ Deve, comunque, evidenziarsi che, con riferimento al concetto di nemico, vi è chi distingue tra un orientamento “debole” e uno “forte”. Nella prospettiva debole, il nemico viene identificato “con il singolo che viola in modo continuativo le norme di convivenza, e quindi presenta come caratteri l’individualità soggettiva e la sistematica violazione di norme relazionali interne a una determinata comunità”; diversamente, secondo l’interpretazione forte, il nemico è colui che aderisce ad un gruppo di persone che mette in discussione l’esistenza stessa della comunità. Sul punto, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., p. 13 ss., il quale sottolinea, peraltro, che solo quest’ultima concezione si armonizza con il modello del diritto penale del nemico: invero, solo il soggetto che si identifica nell’appartenenza a gruppi organizzati non solo alla reiterata commissione di reati, ma anche alla dissoluzione dell’ordinamento di riferimento, dimostra un’ostilità non componibile e insuperabile con gli strumenti del diritto punitivo tradizionale.

¹⁸ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., p. 20 ss.

tralizzare e, pertanto, privo di ogni diritto¹⁹. Presupposto fondamentale di tale impostazione teorica è, d'altra parte, che tra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico non intervenga alcun tipo di commistione, al fine di evitare che l'eccezione rappresentata da quest'ultimo diventi, invece, normalità²⁰.

Dall'altro, si è evidenziato come la logica cittadino/nemico sia accettabile solo all'interno di un contesto di guerra: la legislazione penale vigente in tempo di pace risulta radicalmente incompatibile non soltanto con ogni distinzione relativa alla persona umana ma, altresì, con ogni funzione special-preventiva di tipo negativo²¹.

Orbene, entrambe le impostazioni risultano criticabili in quanto estreme. Se si può facilmente rifiutare l'idea di uno Stato di diritto che tratta gli individui non come persone, privandole dei loro diritti fondamentali, che – vale la pena ricordarlo – hanno innanzitutto la funzione di individuare quei limiti insuperabili oltre i quali il potere statale non può spingersi, va parimenti rifiutata l'impostazione che qualifica come illegittima ogni deroga adottata dal legislatore rispetto al paradigma del diritto penale classico²². Non può, infatti, negarsi che il terrorismo di matrice islamica – per le sue caratteristiche di accentuata pericolosità e diversità rispetto agli altri fenomeni criminosi – richieda l'adozione di misure in grado di tener conto di queste peculiarità e, altresì, della capacità – fino adesso dimostrata – di evolversi e adattarsi ai vari contesti geopolitici, socio-economici e culturali.

Non resta, pertanto, che percorrere la via intermedia, la quale individua nel diritto penale – con tutto il suo carico di garanzie e formalismi – lo strumento in definitiva più adeguato per contrastare il fenomeno terroristico, a patto, però, di accettare, proprio in considerazione della sua particolare aggressività e pericolosità, margini di tutela differenziati dei diritti fondamentali e delle garanzie poste in causa dall'esercizio della giurisdizione penale²³.

In tale prospettiva, la questione centrale diviene allora quella dell'individuazione dei limiti oltre i quali la flessibilizzazione dei succitati principi, in nome della tutela della sicurezza collettiva, diventa intollerabile.

¹⁹ G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. KOSTORIS – E. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 3 ss.; ID., *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 5 ss. Più specificamente, secondo l'Autore, “una reale efficacia del diritto suppone (...) una fondazione cognitiva della norma”, per cui solo a coloro che offrono la garanzia di comprenderne il significato – cioè i cittadini – possono spettare diritti; diversamente, coloro che si collocano al di fuori dell'ordine sociale – come i terroristi –, mancando di fondamenti cognitivi, devono essere trattati come fonti permanenti di pericolo da neutralizzare.

²⁰ G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 16.

²¹ E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 757 ss.

²² Devono ritenersi certamente illegittime quelle manifestazioni del diritto – o meglio del non diritto – sul modello di Guantanamo e di Abu Grahid, in cui l'etichettamento del nemico prescinde da uno specifico fatto di reato, i controlli giurisdizionali sono assenti, o comunque ritardati, e strumenti come la tortura e le detenzioni illegali sono tollerate o, peggio, giustificate. Occorre, piuttosto, distinguere “tra spazi legittimi di un diritto penale di lotta e spazi illegittimi di un vero diritto penale del nemico”: invero, quest'ultimo sarebbe caratterizzato da una marcata finalità di pura neutralizzazione dell'avversario, rinnegandosi ogni finalità di rieducazione e risocializzazione, laddove, invece, nel primo ancora permangono. In tale prospettiva, il diritto penale di lotta potrebbe trovare la sua legittimazione, rispondendo alla necessità di far fronte ad uno stato di eccezione, rispetto al quale gli strumenti normativi vigenti risultano assenti o inadeguati. Sul punto, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 19 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi esorcizzare*, cit., p. 55 ss. Criticamente, sulla possibilità di cogliere una differenza qualitativa tra “diritto penale di lotta” e “diritto penale del nemico”, A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 265 ss.

²³ In questo senso, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 679 ss., il quale sottolinea come il diritto penale sia il migliore antidoto contro i rischi di scivolamento verso derive intollerabili per lo Stato liberale di diritto e per la nostra stessa identità culturale occidentale, costituendo – nella sua attuale conformazione – un sistema tendenzialmente trasparente, intessuto di controlli e, soprattutto, gestito da soggetti che condividono – a differenza dei funzionari militari o del potere esecutivo – una cultura della legalità. D'altra parte, non può negarsi come il diritto penale sia uno strumento chiamato, innanzitutto, ad assicurare un'efficace difesa dei beni giuridici individuali e collettivi minacciati dalla criminalità: davanti all'estrema pericolosità e all'anomalia del fenomeno criminoso rappresentato dal terrorismo islamico, il diritto penale deve apprestare strumenti adeguati ed efficaci ad assicurarne il contrasto, anche a costo di sopportare qualche sacrificio sul piano dei diritti e delle garanzie individuali e di accentuare la funzione preventiva rispetto a quella, tradizionalmente assolta dal diritto penale ‘classico’, repressiva di fatti lesivi già commessi (*ivi*, p. 689). Sulla necessità di abituarsi a un “tasso variabile delle garanzie”, v., altresì, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 675.

Diversamente, secondo altri autori, i diritti fondamentali avrebbero un valore assoluto; pertanto, ogni loro affievolimento sarebbe illegittimo e non dovrebbe essere accettato, nemmeno per far fronte a gravi emergenze per l'ordine pubblico. Sul punto, per tutti, A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, cit., p. 288 ss.

2.

Le radici del terrorismo islamico tra indottrinamento religioso e perversioni dell'intolleranza.

In questo complesso quadro, si inserisce il tema della punibilità dell'istigazione al terrorismo alla luce della possibile interferenza con la libertà di manifestazione del pensiero.

Una premessa, però, è necessaria e investe le ragioni stesse per cui, a livello sovranazionale, insistono in questo ambito numerosi obblighi di criminalizzazione: perché si reclama la punibilità di condotte che promuovono e incitano il compimento di atti di tipo violento, anche a costo di comprimere in misura rilevante la libertà di espressione?

Invero, non può sottacersi come esista una profonda connessione tra il pensiero islamico radicale e il fenomeno terroristico: quest'ultimo trova le proprie fondamenta in quell'interpretazione del concetto di *jihad* – presente nel Corano – che invita ad un approccio bellicistico nei confronti degli infedeli, rivisitato più volte nel corso dei secoli fino ad assumere – per alcuni – il significato radicale di lotta finalizzata ad un ritorno alla purezza delle origini del pensiero musulmano, da realizzarsi attraverso la distruzione, con qualsiasi mezzo, dei sistemi sociali e politici *jahili* che ne impediscono la diffusione²⁴.

Orbene, su tali fondamenta religiose si innesta il processo di formazione materiale e spirituale che porta a convertire un comune musulmano in un *mujahid* (combattente). L'educazione spirituale, in particolare, ha come punto di partenza la predicazione del Corano e degli altri testi dell'Islam, spiegati in chiave radicalista, a cui si affiancano diversi espedienti che, sfruttando le basi di odio già diffuse in molti paesi islamici per fattori di carattere geopolitico e socioeconomico, rinvigoriscono questo sentimento (vengono, per esempio, mostrati filmati relativi al periodo coloniale che descrivono i soprusi e le violenze subite dalle popolazioni musulmane), finendo per normalizzare e giustificare le forme più dure di violenza, in quanto strumento per rivendicare le vessazioni subite. A ciò si aggiungano gli strumenti di presa psicologica quali la glorificazione di altri combattenti dimostratisi particolarmente coraggiosi e l'elogio del martirio come strada diretta verso il Paradiso²⁵.

Tale opera di indottrinamento, non richiedendo particolari attrezzature, può essere svolta da soggetti molto diversi: si va dall'ideologo che vive in terre lontane, all'imam della moschea vicino casa; passando per i maestri spirituali dei campi di addestramento e gli amici particolarmente religiosi e già vicini a correnti radicali²⁶.

Peraltro, non può non considerarsi che oggi la capacità diffusiva del radicalismo islamico, e dunque del terrorismo, ha trovato un supporto nelle nuove tecnologie, in particolare internet e i social media. Come è emerso da alcuni studi realizzati a livello internazionale, i gruppi terroristici sono ormai divenuti particolarmente abili nello sfruttare il web per reclutare nuovi seguaci, trovare finanziamenti, portare avanti azioni di propaganda e sensibilizzazione e, soprattutto, per raccogliere e diffondere informazioni²⁷.

È evidente che tali strategie di comunicazione sicuramente raffinate, e soprattutto multicanale, risultano particolarmente pericolose per la sicurezza della collettività, dal momento che la struttura della rete internet per la sua vastità non consente un controllo capillare veramente efficace e, al contempo, è in grado di raggiungere i luoghi più disparati del pianeta, favorendo l'auto-addestramento anche di chi si trova lontano dai centri territoriali della rete terroristica²⁸.

²⁴ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 26ss., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 79ss.

²⁶ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 80.

²⁷ Il riferimento è allo studio realizzato dallo UNODC (United Nation Office on Drugs and Crime), *The use of the Internet for terrorist purposes*, in www.unodc.com.

²⁸ Si tratta di un fenomeno ampiamente considerato dalle più recenti normative internazionali e sovranazionali, come risulta dalla relazione sulla proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo sulla lotta contro il terrorismo, che intende sostituire la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo. D'altra parte, è innegabile che attualmente i gruppi terroristici abbiano elaborato specifiche strategie di comunicazione, articolate su più livelli secondo una diversificazione degli strumenti mediali in base ai vari obiettivi e destinatari di riferimento. In particolare, è stato di recente oggetto di numerosi studi il sistema di propaganda adottato dal Da'ish, paradossalmente ispirato ai modelli di comunicazione occidentali e alle produzioni cinematografiche hollywoodiane e comprendente più di 40 media locali, 5 case di produzione e oltre 50 mila account Twitter. Tra i numerosi contributi sul tema, B. BALLARDINI, *Isis. Il marketing dell'Apocalisse*, Milano, 2015; M. DI SALVO, *Isis. La comunicazione globale del terrore* (ebook), 2015; M. MAGGIONI – P. MAGRI (a cura di), *Twitter e jihad. La comunicazione dell'Isis*, Novi Ligure, 2015.

3.

La punibilità dell'istigazione al terrorismo nella normativa di origine sovranazionale.

Occorre a questo punto interrogarsi su quali siano gli strumenti attualmente esistenti per contrastare le condotte istigatorie che, spesso, costituiscono l'innescio di futuri atti terroristici. Questa ricognizione non può, evidentemente, prescindere dall'analisi della normativa eurounitaria e sovranazionale da cui – come è noto – trae origine la maggior parte delle disposizioni italiane in materia di terrorismo internazionale²⁹.

La lotta al terrorismo internazionale ha assunto sin dal 1999, un ruolo di primo piano nell'ambito delle politiche del terzo pilastro, poi “comunitarizzato” a seguito del Trattato di Lisbona, sviluppandosi ulteriormente attraverso l'emanazione di specifici provvedimenti, a partire dal 2001, sull'onda emotiva dei drammatici attentati avvenuti anche in territorio europeo³⁰. Ai nostri fini, vengono in rilievo le decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI sulla lotta contro il terrorismo, e la recente proposta di direttiva 2015/0281 del Consiglio e del Parlamento europeo, che dovrebbe sostituire le due precedenti decisioni quadro.

A tali misure di derivazione eurounitaria, si affiancano quelle adottate sul piano internazionale dal Consiglio d'Europa, in attuazione delle indicazioni provenienti dalle Nazioni Unite, quali la Convenzione per la prevenzione del terrorismo del 2005 e il Protocollo Addizionale adottato nel 2015.

Volendo seguire un criterio di tipo cronologico, il punto di partenza dell'analisi normativa è costituito, dunque, dalla decisione quadro 2002/475/GAI che ha imposto, per la prima volta, agli Stati membri dell'Unione l'obbligo di qualificare espressamente come terroristiche, nelle rispettive legislazioni, determinate condotte e di prevedere per esse un trattamento sanzionatorio corrispondente ai livelli prescritti; per gli Stati già provvisti di norme relative al terrorismo, di adeguarne il contenuto prescrittivo e sanzionatorio alle disposizioni di fonte UE³¹.

In particolare, l'art. 4 comma 1, prescrive agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie a rendere punibile l'istigazione a commettere reati terroristici, reati riconducibili a un'or-

²⁹ Così, per tutti, F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 929 ss.

³⁰ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 123 ss. Come è noto, prima del Trattato di Lisbona, in assenza di un esplicito riferimento alla materia penale nell'ambito delle competenze dell'Unione, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale si è imposta come settore d'elezione per l'attuazione delle politiche dirette a contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale, soprattutto dopo il 2001, seppur non mancassero atti riconducibili all'allora secondo pilastro (PESC), relativo alle attività di collaborazione nei settori della politica estera e di sicurezza comune (*ivi* p. 129). Con il Trattato di Lisbona, e l'introduzione della competenza penale indiretta dell'UE ex art. 83 TFUE, il terrorismo è stato inserito tra le “sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”, espressamente elencate al secondo comma del succitato articolo, divenendo così possibile oggetto di direttive, adottate secondo la procedura legislativa ordinaria dal Consiglio congiuntamente al Parlamento, al fine di “stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” (*ivi*, p. 155 ss.). Sulle competenze dell'Unione Europea nel diritto penale, tra i numerosi contributi, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326 ss.; ID., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 137 ss.; ID., *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 421 ss.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO; L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 207 ss.; G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, *ibidem*, p. 683 ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2307 ss.

³¹ Art. 1 della Decisione Quadro 2002/475/GAI. In particolare, la norma prevede che, ove siano commessi al fine di intimidire la popolazione o costringere indebitamente i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale, siano considerati “reati terroristici” i seguenti atti intenzionali:

- a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;
- b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona;
- c) sequestro di persona e cattura di ostaggi;
- d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli;
- e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;
- f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo;
- g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;
- h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;
- i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h)”.

ganizzazione terroristica e reati connessi ad attività terroristiche, come definiti negli articoli precedenti³².

Sul piano sanzionatorio è poi previsto che gli Stati debbano adottare le misure necessarie per assicurare sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, ma soprattutto che, ove i fatti commessi siano riconducibili a reati terroristici, la reclusione risulti più severa di quella prevista per gli stessi reati dal diritto nazionale in assenza della finalità in oggetto, salvo che le pene previste siano già quelle massime contemplate dal diritto nazionale³³.

Secondariamente, viene in rilievo la decisione quadro 2008/919/GAI, adottata dal legislatore europeo al fine di adeguare la normativa di contrasto al terrorismo adottata nel 2002 all'evoluzione del *modus operandi* seguito dalle organizzazioni, sempre più spesso sganciate da una struttura gerarchica predefinita e caratterizzate da cellule semiautonome sempre più abili – come si è visto – nell'utilizzo delle nuove tecnologie³⁴.

La decisione del 2008 costituisce l'attuazione a livello europeo della succitata Convenzione per la prevenzione del terrorismo, adottata in seno al Consiglio d'Europa e aperta alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005, di cui, pertanto, condivide i contenuti³⁵.

Più nel dettaglio, la decisione prevede nuovi obblighi di incriminazione relativi a condotte connesse ad attività terroristiche, quali l'arruolamento e l'addestramento per scopi terroristici³⁶, che devono essere adeguatamente sanzionati anche ove siano oggetto di istigazione³⁷.

Ma soprattutto, la stessa decisione obbliga gli Stati a criminalizzare “*la provocazione per commettere reati di terrorismo*”, definita come “*la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio terroristico con l'intento di istigare a commettere uno dei reati [di terrorismo indicati nella stessa decisione quadro], qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati*”³⁸.

Da ultimo, merita attenzione la proposta di direttiva 2015/0281³⁹, elaborata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sulla scorta del Protocollo addizionale adottato nel 2015 alla Convenzione di Varsavia dal Consiglio d'Europa, con l'intenzione di sostituire le precedenti decisioni quadro, per adeguarsi nuovamente all'evoluzione delle minacce terroristiche: ad oggi, infatti, la principale fonte di preoccupazione per la collettività è rappresentata dai c.d. *foreign fighters*, spesso nati negli stessi paesi occidentali, che si recano in zone di conflitto, specialmente in Siria e in Iraq, per unirsi ai gruppi terroristici o per essere addestrati dagli stessi e acquisire così un'esperienza operativa che li rende in grado di perpetrare, al loro ritorno in Europa, attività di radicalizzazione e reclutamento nonché nuovi attacchi. A costoro si affiancano, poi, i c.d. “*lupi solitari*”, ossia gli estremisti che operano isolatamente negli stessi paesi occidentali

³² L'art. 2 della Decisione Quadro individua come “reati riconducibili a un'organizzazione terroristica” la direzione di un'organizzazione e la partecipazione alle sue attività, anche fornendole informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose dell'organizzazione terroristica. L'art. 3 definisce, invece, “reati connessi alle attività terroristiche” il furto aggravato, l'estorsione o la formazione di documenti amministrativi falsi, ove commessi per realizzare uno dei comportamenti individuati come “reati terroristici”.

³³ Art. 5, comma 1 e 3, Decisione Quadro 2002/475/GAI.

³⁴ V. terzo “considerando” della Decisione Quadro 2008/919/GAI.

³⁵ Alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo fa espresso riferimento il nono “considerando” della Decisione Quadro del 2008. La Decisione richiama, altresì, la risoluzione 1624/2005, adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, subito dopo gli attentati di Londra, in forza della quale gli Stati devono adottare, conformemente agli obblighi che incombono loro ai sensi del diritto internazionale, le opportune e necessarie misure per contrastare il terrorismo in tutte le sue forme e manifestazioni – anche via internet –. Invero, con riferimento a questa diversa fonte internazionale, sono state sollevate diverse questioni in termini di legittimazione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ad imporre obblighi di incriminazione agli Stati: sul punto, F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 930 ss.; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 230. Per un inquadramento più generale dei problemi nascenti dall'attuazione delle risoluzioni anti-terrorismo del Consiglio di Sicurezza ONU in ambito europeo, V. SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rass. for.*, 2006, p. 175ss.

³⁶ In particolare, l'art. 1 della Decisione definisce il “reclutamento a fini terroristici” come l'induzione a commettere uno dei reati terroristici indicati nella Decisione Quadro del 2002; diversamente, l'“addestramento a fini terroristici” consiste nell'atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere un “reato terroristico”, purché vi sia la consapevolezza che le istruzioni sono impartite per conseguire tale obiettivo.

³⁷ Art. 1 della Decisione Quadro 2008/919/GAI, che modifica l'art. 4, comma 2, della Decisione Quadro 2002/475/GAI.

³⁸ Art. 1 della Decisione Quadro 2008/919/GAI, che modifica l'art. 3, comma 1 e 2, della Decisione Quadro 2002/475/GAI. La stessa definizione è contenuta nell'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo del 2005.

³⁹ La proposta di Direttiva è consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0625>. Mentre il lavoro era in corso di pubblicazione, il Parlamento europeo, con la risoluzione legislativa del 16 febbraio 2017, ha approvato la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo. La risoluzione, consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0046+0+DOC+XML+V0//IT>, riproduce, seppur con alcune variazioni lessicali, il contenuto delle disposizioni della direttiva oggetto di analisi nel prosieguo della trattazione.

in cui vivono, organizzandosi autonomamente o in piccoli gruppi destrutturati, al di fuori di vere e proprie associazioni terroristiche, e che, dopo aver acquisito informazioni circa l'uso di armi o esplosivi, generalmente attraverso il web, si attivano per la realizzazione di attentati⁴⁰.

La proposta in questione prevede in capo agli Stati membri nuovi obblighi di incriminazione – in parte già adempiuti con il D.L. 18 febbraio 2015, n. 7⁴¹ – riguardanti condotte quali ad esempio l'atto di ricevere un addestramento a fini terroristici, i viaggi all'estero a fini terroristici, l'organizzazione o l'agevolazione di viaggi all'estero a fini terroristici⁴², estendendo conseguentemente a questi nuovi reati l'ambito di applicazione del delitto di istigazione⁴³. Si ribadisce, inoltre, la necessità di introdurre il reato di “*Pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo*”, qualificando in via esemplificativa come atti perseguibili “*l'esaltazione di attentatori suicidi, l'incoraggiamento ad aderire a jibad violento, l'incitazione diretta a uccidere gli infedeli, la giustificazione del terrorismo o la diffusione di messaggi o immagini di brutali assassini quale mezzo per pubblicizzare la causa dei terroristi o dimostrare il loro potere, laddove tale comportamento crea di fatto il rischio che siano commessi atti terroristici a condizione che i messaggi siano diffusi allo scopo di favorire le attività terroristiche (non necessariamente quelle di un gruppo terroristico specifico)*”, anche qualora la diffusione degli stessi si realizzi per il tramite di internet⁴⁴.

In definitiva, il legislatore europeo chiede agli Stati membri di punire accanto all'istigazione diretta, anche tutte quelle condotte di c.d. “provocazione indiretta” suscettibili cioè di dare semplicemente luogo al rischio che possano essere commessi uno o più dei reati ivi indicati.

4. L'attuazione in Italia degli obblighi di criminalizzazione sovranazionali.

Come anticipato, l'allarme suscitato dai fatti di terrorismo internazionale a partire dal 2001, ha determinato anche l'Italia a elaborare nuove norme in grado di fronteggiare la minaccia di matrice jihadista. In particolare, per ciò che concerne il diritto penale sostanziale, gli interventi principali possono identificarsi: nel D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, diretto a introdurre “*disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*”, convertito con modificazioni nella L. 15 dicembre 2001, n. 374; nel D.L. 27 luglio 2005, n. 144, recante “*misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale*”, convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155; nel D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, contenente, tra l'altro, “*misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*”, convertito nella L. 17 aprile 2015, n. 43; e da ultimo, nella L. 28 luglio 2016, n. 153, contenente ulteriori “*norme per il contrasto al terrorismo*”.

Senonché, avuto riguardo al tema dell'istigazione, va osservato come nessuna di queste modifiche normative sia risultata particolarmente innovativa, dal momento che – come è noto – l'ordinamento italiano già da prima del 2001 prevedeva ben due norme volte a punire la condotta di chi istiga altri a commettere un reato in materia di terrorismo: l'impianto repressivo del Codice Rocco sanciva e sancisce ancora oggi, infatti, la punibilità ai sensi dell'art. 414 c.p.

⁴⁰ V. par. 1 della proposta di Direttiva. Sulle figure dei “lupi solitari” e dei “*foreign fighters*”, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 93 ss. Per un'analisi del fenomeno dal punto di vista sociologico, per tutti, R. GUOLO, *L'ultima utopia. Gli jihadisti europei*, Milano, 2015.

⁴¹ Invero, con il D.L. 18 febbraio 2015 n. 7, convertito con modificazione nella L. 17 aprile 2015 n. 43, il legislatore italiano ha introdotto diverse norme incriminatrici che riproducono il contenuto della proposta di direttiva. Tra queste, vengono in rilievo l'aggiunta di un nuovo comma all'art. 240 quater c.p. – già introdotto con il D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155, in attuazione della Decisione Quadro 2002/475/GAI e della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 2005 –, che prevede la punibilità della persona arruolata, accanto a quella, già prevista, di colui che arruola; l'introduzione dell'art. 240 quater.1 c.p., che punisce “chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo”; infine, è stato modificato il primo comma dell'art. 270 quinquies c.p. – anch'esso già introdotto nel 2005 –, estendendo la punibilità alla persona addestrata, ma soprattutto alla “persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 sexies”. A ben vedere, la normativa italiana risulta antesignana di quella proposta dalle istituzioni eurounitarie, in quanto entrambe intendono, in realtà, dare attuazione alle indicazioni contenute nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 2178 del 24 settembre 2014 e nel Protocollo addizionale del 2015 alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo. Sulle modifiche introdotte con il D.L. 18 febbraio 2015 n. 7 – oltre ai già citati A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 226 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 926 ss. –, S. COLAIUOCO, *Le nuove norme antiterrorismo e le libertà della persona: quale equilibrio?*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 2 ss.; A. BALSAMO, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015; G. LEO, (voce) *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *Libro dell'anno del diritto 2016 Treccani* (pubblicato anche in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2015).

⁴² Art. 8, art. 9 e art. 10 della proposta di Direttiva.

⁴³ Art. 16, paragrafo 4, della proposta di Direttiva.

⁴⁴ Art. 5 della proposta di Direttiva.

di chi, pubblicamente, istiga taluno a commettere uno o più reati, per il solo fatto dell'istigazione, nonché di chi fa l'apologia di uno o più delitti; parallelamente, e con specifico riferimento ai soli delitti contro la personalità dello Stato, l'art. 302 c.p. punisce anche l'istigazione privata, cioè diretta a una o più persone determinate⁴⁵.

Pertanto, le poche novità introdotte dal legislatore italiano in attuazione degli obblighi sovranazionali in materia di contrasto al terrorismo, hanno riguardato esclusivamente l'inserimento di due circostanze aggravanti: la prima, introdotta già con il D.L. n. 144 del 2005, comporta un aumento di pena della metà se i fatti di istigazione o apologia previsti dall'art. 414 c.p. riguardano delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità; la seconda, contenuta nel più recente D.L. n. 7 del 2015, quello fino a un terzo in riferimento agli artt. 302 e 414, commi 1 e 2, c.p., e fino a due terzi in relazione all'art. 414, comma 4, c.p., se il fatto è commesso attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici.

È evidente che entrambe le circostanze sono naturalmente frutto delle indicazioni provenienti dal legislatore europeo e, più in generale, della tendenza ad anticipare la soglia della tutela e il rigore sanzionatorio⁴⁶.

A ciò si aggiunga che, con riferimento alla previsione di cui all'art. 414 comma 4 c.p., parte della dottrina ha evidenziato alcune frizioni con il principio di legalità, dovute all'eccessiva genericità del rinvio sia ai "delitti di terrorismo" sia ai "crimini contro l'umanità". Invero, i primi andrebbero individuati nei delitti aventi finalità di terrorismo come descritta all'art. 270 sexies c.p., sia essa elemento costitutivo o circostanza aggravante⁴⁷, che, tuttavia, è nota proprio per la sua imprecisione⁴⁸; i secondi andrebbero identificati sulla base delle norme internazionali, dal momento che la categoria non trova nel nostro ordinamento alcun riscontro formale, con il rischio, tuttavia, di non poter applicare l'aggravante in esame nel caso in cui sia mancato o sia carente l'adeguamento delle norme interne alle fonti internazionali coinvolte⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'aggravante relativa all'uso di strumenti informatici e telematici, non si è mancato di evidenziarne l'irrazionalità sul piano politico-criminale e la logica d'autore. In particolare, la norma non risponderebbe alle tradizionali funzioni delle circostanze, per lo più ravvisate nell'individualizzazione della pena in relazione alla gravità del fatto, alla colpevolezza del soggetto agente e alla sua pericolosità, ma sarebbe, in realtà, espressione di quella tendenza a incriminare più gravemente l'agente per il possesso di un certo bagaglio di nozioni e competenze e, dunque, per le sue capacità soggettive; tendenze che fanno affiorare ancora una volta la deprecabile dimensione di un diritto penale d'autore⁵⁰.

Su quest'ultimo versante, si tratta, in realtà, di un argomento superabile, ove si tenga conto che, notoriamente, gli strumenti informatici e telematici determinano una capillare e indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio, incrementando, quindi, la probabilità di un

⁴⁵ Il delitto di "Istigazione privata a commettere delitti contro la personalità dello Stato" è – come noto – la sola fattispecie di istigazione privata a commettere reati prevista dal nostro sistema penale e costituisce un'ipotesi speciale di delitto rispetto alla figura generica del reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p., differenziandosi da quest'ultima in quanto l'oggetto della condotta istigatrice è limitato alla commissione di reati contro la personalità dello Stato. Invero, proprio la natura dei beni protetti dalle norme contenute nel Libro II, Titolo I del codice penale relative ai reati istigati giustifica, nell'ottica del legislatore del 1930, l'estensione della punibilità rispetto a condotte prive del carattere della pubblicità: in questo senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2012, p. 93 ss.

⁴⁶ Invero, i fatti di istigazione oggetto dell'aggravante in esame erano già penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 414, comma 1, c.p., che – come noto – rinvia a una serie aperta di delitti e contravvenzioni, ivi compresi tutti i delitti di terrorismo; la previsione di un aumento sanzionatorio ha, pertanto, un valore pressoché simbolico, considerato altresì che l'effetto aggravatore può essere comunque vanificato dal regime di bilanciamento ex art. 69 c.p. Sul punto, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242.

⁴⁷ M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242.

⁴⁸ Una definizione normativa espressa delle "condotte con finalità di terrorismo" è stata prevista solo con il D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2005, n. 155, che ha introdotto nel codice penale l'art. 270 sexies, al fine di colmare la lacuna fino a quel momento esistente nell'ordinamento italiano. Tuttavia, pur dovendosi valutare positivamente la scelta del legislatore di dare un'esplicita definizione di terrorismo – anche al fine di allinearsi alle indicazioni provenienti dalle fonti internazionali –, permangono non poche perplessità in ordine alla distinzione intercorrente tra la finalità terroristica e quella eversiva: sul punto, F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3956 ss. Sulla nozione di terrorismo, ex plurimis, M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in R. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 77 ss.; A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, p. 1127 ss.; Id., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 1103 ss.; Id., *Art. 270 sexies c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. 1, p. 1958 ss.; L.D. CERQUA, *La nozione di "condotte con finalità di terrorismo" secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, p. 1580 ss.

⁴⁹ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 278 ss.

⁵⁰ F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 945 ss.,

effetto suggestivo su una massa generalizzata di persone⁵¹.

5. Sicurezza collettiva vs libertà di espressione nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

L'arretramento della tutela penale e il rigore sanzionatorio che hanno animato la normativa europea in materia di istigazione al terrorismo internazionale, al netto dei limiti relativi alle scelte di adattamento operate dal legislatore italiano, sono stati oggetto di diverse critiche anche per quanto concerne la possibile frizione con la libertà, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuta, di manifestazione del pensiero⁵².

In verità, il tema dei rapporti tra i reati di istigazione e apologia e la libertà di espressione non è nuovo alla dottrina e alla giurisprudenza interna: sin dall'entrata in vigore della Costituzione, i giudici della Consulta si sono interrogati sulla legittimità delle ipotesi previste dall'art. 414 c.p. e sulla possibilità di opporre all'art. 21 Cost. limiti diversi da quello del "buon costume" già esplicitato dal legislatore costituente⁵³.

Come è noto, il punto di approdo di questa faticosa e non sempre lineare evoluzione giurisprudenziale è stato raggiunto con la sentenza n. 65 del 4 marzo 1970, con cui la Corte ha espressamente subordinato la legittimità costituzionale del delitto di apologia, e indirettamente di istigazione, all'accertamento della concretezza del pericolo, intesa come idoneità dell'azione a suscitare consensi e a stimolare nel pubblico la commissione di delitti del genere di quello oggetto dell'apologia o dell'istigazione⁵⁴.

A conclusioni analoghe è giunta, altresì, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamata in diverse occasioni a valutare la compatibilità delle fattispecie di istigazione e apologia, ancora oggi presenti in larga parte degli Stati Europei, con la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 10 CEDU. Secondo i giudici di Strasburgo, la repressione penale delle suddette figure criminose non costituisce violazione della Convenzione, quando le condotte punite a livello nazionale, ancorché consistenti in semplici manifestazioni di idee o opinioni, presentino un carattere di concreta pericolosità per rilevanti interessi pubblici (es. integrità e indipendenza dello Stato, sicurezza nazionale, ordine pubblico, ecc...), in quanto ritenute direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali⁵⁵.

Senonché, la ricostruzione dell'apologia e dell'istigazione come reati di pericolo concreto non ha scongiurato, almeno a parere di taluni, possibili frizioni con la libertà di espressione: la categoria del pericolo concreto dovrebbe, infatti, accedere ad un fatto-base dotato di per sé di una pericolosità astratta. Pertanto, la funzione del giudice dovrebbe limitarsi all'approfondimento di tale valutazione in chiave concreta⁵⁶.

Se però, come spesso accade nella prassi, il fatto-base è incapace di segnalare una relazione di pericolosità empiricamente fondata, si apre la strada a incertezze sul piano applicativo in-

⁵¹ In questo senso, 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 *Arch. pen. (Web)*, 2016, 1, p. 6 ss. Si tratta di un'interpretazione recentemente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento a un caso di apologia via internet dello Stato Islamico: Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489, H.E.M., in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015, con nota di S. ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*.

⁵² Per tutti, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 279 ss. Sulla tendenza, nell'ambito della normativa contro il terrorismo internazionale, a una "germinazione – intesa nel senso di moltiplicazione, trasformazione ed espansione – del più ampio *genus* dei reati di opinione", anche in una prospettiva comparata, E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 1016 ss.

⁵³ Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra libertà di espressione e istigazione a delinquere, *ex plurimis*, F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, p. 152 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, p. 100 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, p. 239 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972; L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

⁵⁴ Corte cost., n. 65 del 1970, in www.giurcost.org, con nota di G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. u.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 18 ss.

⁵⁵ Sul punto, per tutti, E. NICOSIA, *Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 209 ss.; per un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, M. OETHEIMER, *Art. 10 – Libertà di Espressione*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 397 ss.

⁵⁶ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2° ed., Milano, 1994, p. 125 ss; nello stesso senso, G. DE VERO, voce *Ordine Pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 89. Più recentemente, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., p. 246 ss.

compatibili con il principio di tassatività⁵⁷, superabili solo attraverso una riformulazione della norma che rinunci all'attuale modello "monolitico", in favore di una selezione già a livello di fatto tipico dei reati oggetto di istigazione, al fine di ancorare la relazione di pericolosità della condotta ad oggettività giuridiche particolarmente rilevanti⁵⁸.

D'altra parte, non sono mancate posizioni più radicali che sostengono soluzioni abolizioniste⁵⁹ o di complessiva illegittimità costituzionale dei reati di opinione⁶⁰.

6. La punibilità dell'istigazione indiretta: quali limiti alla flessibilizzazione delle garanzie?

Questo quadro, già piuttosto complesso, risulta oggi ancor più intricato alla luce degli obblighi sanciti dal legislatore europeo che, come prima ricordato, non si limita a chiedere agli Stati membri l'incriminazione dell'istigazione diretta a commettere reati terroristici o connessi ad attività terroristiche, ma altresì quella della pubblica provocazione, definita – vale la pena ripeterlo – come qualunque forma di pubblica divulgazione di un messaggio con l'intento di istigare a commettere i citati crimini "qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati"⁶¹.

Si tratta, come è evidente, di una condotta delineata fufosamente che anticipa ulteriormente la soglia della punibilità rispetto all'istigazione e rischia, dunque, di porsi al di là della linea di demarcazione tracciata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte EDU in materia di rapporti tra esigenza di tutela della collettività e libertà di manifestazione del pensiero⁶².

In verità, le stesse fonti sovranazionali dimostrano preoccupazione per la possibile compressione della libertà di espressione collegata all'incriminazione della pubblica provocazione, tanto da precisare che esse non hanno "l'effetto di imporre agli Stati membri di adottare misure che siano in contrasto con i principi fondamentali"⁶³.

Senonché, una simile dichiarazione, pur in sé apprezzabile, non chiarisce né dà alcuna indicazione su come, in concreto, i legislatori nazionali dovrebbero criminalizzare condotte che consistono in una manifestazione del pensiero e sono suscettibili di dare luogo al mero rischio di commissione di uno o più reati aventi finalità terroristica, senza comprimere al contempo la libertà di espressione.

A fronte, dunque, di un'eventuale ulteriore espansione dell'area del penalmente rilevante, il problema cruciale – come anticipato – è quello di individuare quale sia il limite tollerabile di flessibilizzazione dei diritti fondamentali, e in particolare della libertà di manifestazione del pensiero, in nome della sicurezza collettiva.

Tuttavia, il punto di equilibrio non può essere riconosciuto in maniera univoca rispetto

⁵⁷ G. DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1993, p. 299 ss.

⁵⁸ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 215 ss. In particolare, secondo l'Autore sarebbe opportuno che in una futura riforma dell'art. 414 c.p. trovino esplicita menzione anche la determinatezza dell'oggetto dell'istigazione, l'orientamento di questa verso un'immediata realizzazione dei reati evocati e la delimitazione della pubblicità della condotta.

⁵⁹ In questo senso si esprime chi, in tema di apologia di reato, guarda con sfavore la soluzione compromissoria adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 65 del 1970, che avrebbe snaturato le caratteristiche della condotta apologetica, trasformandola in un inutile doppione dell'istigazione. Invero, sarebbe stato preferibile riconoscere che l'incriminazione di fatti apologetici si pone in conflitto insanabile con i principi costituzionali. Sul punto, G. BOGNETTI, *Apologia di delitto*, cit., p. 19, nota 8; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 107 ss.; più di recente, E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, *Cass. pen.*, 2003, p. 1013 ss.; nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 87 ss.

⁶⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 124 ss. In tale prospettiva, può essere vista con parziale favore la L. 24 febbraio 2006 n. 85, la quale – come è noto – ha espunto dal codice alcune fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato che non trovavano larga applicazione e che non risultavano più rispondenti alle mutate esigenze di tutela (es. artt. 269, 279, 279, 292-bis e 293 c.p.); altre ipotesi di reato, di contro, sono state riformulate talora in senso solo formale (es. artt. 403 e 404 c.p.), talaltra in modo da restringere la fattispecie (es. artt. 292 e 299 c.p.), prevedendo altresì una significativa riduzione delle pene edittali. Tra i numerosi contributi sulla riforma, anche in senso critico, D. PULITANO, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 960 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecca garbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, parte V, pp. 217 ss.

⁶¹ In tale prospettiva, la Commissione europea, nella relazione inviata al Consiglio e al Parlamento sull'attuazione della decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 (che modifica la decisione quadro 202/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo), ha evidenziato come sollevi "preoccupazione" la mancata adozione da parte di alcuni Stati membri – ivi compresa l'Italia – di norme concernenti l'incriminazione della "provocazione indiretta". La relazione è consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52014DC0554>.

⁶² F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 142.

⁶³ Cfr. art. 2 della Decisione Quadro 2008/919/GAI.

a tutti i diritti individuali, dovendosi, piuttosto, tenere in considerazione il diverso peso che ciascuna garanzia riveste all'interno del nostro ordinamento e nel quadro delle Carte internazionali e sovranazionali⁶⁴.

Nell'accennata prospettiva, deve rilevarsi come siano proprio queste ultime – ivi compresa la CEDU – a riconoscere la possibilità per gli Stati di introdurre all'interno dei rispettivi ordinamenti deroghe alle garanzie riconosciute, in presenza di comprovate situazioni di emergenza, o comunque di minacce particolarmente insidiose e pericolose per la società.

Se vi è, infatti, un nucleo minimo di diritti fondamentali sul quale nessun negoziato è possibile, trattandosi di diritti che attengono al cuore stesso dello Stato liberale di diritto, e che per tale motivo si sottraggono al bilanciamento con qualsiasi contro-interesse⁶⁵, ve ne sono però altri – come il diritto alla libertà di espressione – per i quali sono ammesse restrizioni o deroghe⁶⁶.

In queste ipotesi viene, quindi, riconosciuto agli Stati il c.d. “margine nazionale di apprezzamento”, che permette loro di discostarsi dalla Convenzione attraverso la previsione di una normativa interna non conforme agli obblighi in essa contenuti, ma rispondente alle specifiche esigenze della situazione concreta; ferma restando, comunque, la possibilità di un controllo da parte della Corte di Strasburgo sull'operato statale, sulla legalità della misura e sulla proporzione rispetto alla ragione adottata⁶⁷.

D'altra parte, in un'ottica interna, anche la Corte Costituzionale ha in diverse occasioni affermato che, pur dovendosi assicurare alla libertà di espressione il più ampio riconoscimento trattandosi di una libertà che più di altre è “pietra angolare” della democrazia⁶⁸, la stessa può essere soggetta a limitazioni ove ciò sia necessario per garantire interessi di rango costituzionale contrapposti, impliciti o espliciti, che in un giudizio di bilanciamento possano considerarsi prevalenti alla luce del criterio di ragionevolezza⁶⁹.

Nel caso dei delitti di istigazione e apologia, la giurisprudenza della Corte, come è noto, ha ravvisato tale interesse nell'ordine pubblico, ancorché riletto in chiave costituzionale, da intendersi cioè come insieme dei principi fondamentali che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali⁷⁰.

Senonché, tale impostazione risulta ancora oggi criticata da larga parte della dottrina, secondo cui oggettività come l'ordine pubblico o, nel caso dei delitti di terrorismo, la c.d. sicurezza pubblica mondiale o la personalità dello Stato, risultano prive di quei requisiti che dovrebbero connotare un bene giuridico da proteggere attraverso l'arma affilata della pena, quali la verificabilità empirica, la preesistenza nel tempo, la connotazione in termini di precisione, concretezza e materialità, la distanza rispetto alla tutela della mera disobbedienza⁷¹.

⁶⁴ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 697 ss.

⁶⁵ Indicazioni in tal senso sono contenute nell'art. 15 della CEDU, che non ammette deroghe, neanche in tempo di guerra, al diritto alla vita, al diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, a non essere ridotti in schiavitù e al principio di legalità della pena nel suo nucleo minimo di prevedibilità ed irretroattività della sanzione penale. Sul punto, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 697.

⁶⁶ Più specificamente, la Convenzione distingue tra misure restrittive dell'esercizio di alcuni diritti e libertà (artt. 8-11 CEDU, art. 1 e art. 3 del I protocollo addizionale), con carattere permanente, che possono essere previste dalla legge, ove siano necessarie in una società democratica; e misure derogatorie temporanee, da adottare in presenza di circostanze eccezionali e, dunque, “nella stretta misura in cui lo richieda la situazione” (art. 15, comma 1, CEDU).

⁶⁷ In verità, la “teoria del margine di apprezzamento” non trova una esplicita previsione nella Convenzione, risultando piuttosto il frutto di un'elaborazione, dapprima, della Commissione europea dei diritti umani e, poi, della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Sul tema dell'applicazione del “margine nazionale di apprezzamento” nella legislazione antiterrorismo, E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: Riflessioni sulla teoria del “margine nazionale di apprezzamento”*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, 1, p. 31 ss.

⁶⁸ F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia*, cit., p. 154. Nella giurisprudenza costituzionale, Corte Cost., sent. n. 11 del 1968, in www.giurcost.org; Corte Cost., sent. n. 168 del 1971, *ivi*; Corte Cost., sent. n. 9 del 1965, *ivi*; Corte Cost. n. 84 del 1969, *ivi*; Corte Cost., sent. n. 126 del 1985, *ivi*.

⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 87 del 1966, cit. Sul punto, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 35; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 124; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 102; D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 239 ss; F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia*, cit., p. 156; L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 145.

⁷⁰ Così, Corte Cost., 16 marzo 1962, n. 19, in www.giurcost.org; Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 168, *ivi*. In materia ordine pubblico, tra gli altri, C. FIORE, *Ordine pubblico*, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.; G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., p. 72 ss.; S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 1; G. MARINI, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. Dig. it., Appendice V*, Torino, 1993, p. 233; G. Rosso, voce *Ordine Pubblico (Delitti contro l')*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1965, p. 152.

⁷¹ A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 43 ss. Più in generale, sui rapporti tra bene giuridico e diritto penale, tra i numerosi contributi, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; G. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983.

E tanto più, in nome della salvaguardia di siffatti beni, sarebbe ingiustificata la compressione – attraverso l'estremo arretramento della soglia di protezione – di un diritto fondamentale particolarmente significativo, quale la libertà di manifestazione del pensiero.

In verità, agli effetti di un bilanciamento tra interessi contrapposti che abbiano quanto meno pari rango, sono i soli interessi individuali connessi alla persona, stante la centralità che quest'ultima assume nel nostro ordinamento, a poter legittimare limitazioni alla libertà di espressione⁷².

La prospettiva qui segnalata non pare, tuttavia, imporre un abbandono dell'opzione penale rispetto alle condotte qui in esame; si tratta piuttosto di valorizzare quell'indirizzo interpretativo che ravvisa i veri referenti di protezione delle norme incriminatrici in materia di terrorismo nei beni individuali direttamente colpiti dagli atti di violenza, quali la vita, la libertà personale, l'incolumità fisica, relegando a un piano secondario la sicurezza collettiva⁷³.

In tale ottica, quindi, deve ritenersi legittimo il ricorso allo strumento penale, anche a costo di colpire condotte che siano espressione di liberi convincimenti individuali, sempre che a essere posti in pericolo siano i beni sopra richiamati. Diversamente, si finirebbe per avallare forme di abuso del diritto: le stesse garanzie riconosciute dagli Stati democratici finirebbero paradossalmente per diventare lo strumento utilizzato dai terroristi per conseguire i propri obiettivi e violare altri diritti fondamentali⁷⁴.

⁷² In questo senso, M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2015, p. 37 ss., il quale sottolinea che "la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è tanto più giustificabile quanto più è finalizzata alla tutela di interessi individuali della personalità" (ivi p. 40). Nello stesso senso si esprime quella parte della dottrina che considera legittima la criminalizzazione dei c.d. *hate speeches* o del negazionismo: rispetto a tali condotte, il riconoscimento dello *ius punendi* poggierebbe sul principio di uguaglianza e dignità della persona umana, previsti dagli artt. 2 e 3 Cost., che – nell'ottica di un giudizio di bilanciamento – devono considerarsi prevalenti rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero; sul punto, tra gli altri, G. A. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l.25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. Pen.*, 1994, II, p. 179 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fatti-specie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in (a cura di) S. RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso, diritti fondamentali e tutela penale*, Milano, 2007, p. 1019 e ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 e ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale*, cit., p. 117 ss.; A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 961 ss. Nello stesso senso si esprime la giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, n. 23024, A.S. e altri, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3874 ss.; Cass. Pen., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234, B.M. e altri, in *Ind. Pen.*, 2009, I, 207 e ss.; Cass. Pen., Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, B.M. e altri, in *Cass. pen.*, 2010, VI, p. 2353 ss.

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento non condiviso dalla prevalente dottrina, secondo cui siffatti beni giuridici, almeno per il modo in cui vengono comunemente intesi, rischiano di venire in rilievo in una dimensione astratta e collettiva, caratterizzata da una scarsa afferrabilità materiale, non ricollegabile, come tale, ad un singolo individuo in concreto; senza contare che "punire una manifestazione di pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà di opinione (che si vorrebbe limitare) è esso stesso esplicitazione della dignità un'idea collettiva di dignità umana" così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013. Per una ricostruzione del dibattito, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., p. 139 ss., nonché, recentemente, M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 43 ss. Con specifico riferimento all'introduzione del reato di negazionismo, A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, p. XIII; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, ora anche in G. FORTI – G. VARRASO – M. CAPUTO, *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 2, p. 63 ss.; D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 978 ss.; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni spredate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016. In senso contrario, tra i numerosi contributi, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2015; M. CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 279 ss.; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 999 ss. Criticamente, sull'aggravante introdotta con la legge n. 115 del 16 giugno 2016 n. 115, che ha inserito un nuovo comma 3-bis nella legge n. 654 del 1975, avente ad oggetto il c.d. negazionismo, per tutti, A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *questa Rivista*, 2016, 3, p. 280 ss.

⁷³ Per tutti, F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 1, p. 176 ss.

⁷⁴ A ben vedere, è la stessa CEDU che all'art. 17 sancisce la clausola del "divieto di abuso del diritto", proprio al fine di assicurare un compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità e il rispetto dei diritti individuali. Per una ricostruzione storica e comparata sul tema dell'abuso del diritto, F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011. Più specificamente, sull'art. 17 CEDU, A. TERRASI, *Art. 17*, in *Commentario breve*, cit., p. 570 ss.; C. PINELLI, *Art. 17 - Divieto dell'abuso del diritto*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 455 ss. Sul tema dell'abuso della libertà di espressione, nella particolare prospettiva del negazionismo, P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, p. 1815 ss.

La repressione degli abusi non va, tuttavia, confusa con la tendenza attualmente piuttosto diffusa, anche da parte del legislatore sovranazionale, a criminalizzare, in nome della laicità statale, comportamenti socialmente innocui ma espressivi di un credo o una cultura religiosa. Invero, siffatta propensione rischia di dar luogo al paradosso di "un'ideologia confessionale dello Stato ateo". Sul tema, in una prospettiva più ampia, C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 ss.

7.

Prospettive *de lege ferenda*. Conclusioni.

Non abbandonare la strada di una possibile penalizzazione non vuol dire naturalmente che i legislatori nazionali abbiano mano libera nel comprimere una libertà centrale quale quella di espressione, vero cardine di una società democratica; tutt'altro. L'esigenza di tutelare beni personali di centrale importanza non può naturalmente obliterare la necessità di scolpire il precetto nel pieno rispetto delle garanzie proprie del diritto penale, anzi in questo caso con un innalzamento del loro livello vista la delicatezza del controinteresse in gioco.

Con riferimento, dunque, alla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento il reato di pubblica provocazione, alla luce della notevole anticipazione della tutela che caratterizza la disposizione – incriminatrice di condotte solo indirettamente prodromiche alla realizzazione di fatti di reato –, appare indispensabile che il legislatore italiano formuli la nuova fattispecie in aderenza ai principi di offensività e determinatezza.

Inoltre, dovrebbe superarsi la tendenza a riprodurre senza alcun filtro critico le norme sovranazionali nell'ordinamento interno, soprattutto ove queste ultime risultino opache e dai tratti sfuggenti⁷⁵, come per l'appunto nell'ipotesi che ci occupa. Il rispetto degli impegni internazionali non può, infatti, deresponsabilizzare i singoli Stati che – al di là dell'impegno che dovrebbero approfondire facendo sentire la loro voce nelle sedi in cui, di fatto, le scelte di politica criminale maturano –, sono chiamati, al momento della trasposizione interna, a utilizzare con sapienza gli spazi concessi nella costruzione della fattispecie criminosa.

Tra i tentativi fatti finora, va segnalato un disegno di legge presentato alle Camere già nel 2007, al fine di dare alla Convenzione di Varsavia un'attuazione più completa rispetto a quella parzialmente realizzata con il decreto Pisanu⁷⁶. La proposta, mai discussa dal Parlamento, prevedeva, tra l'altro, l'introduzione nel codice penale dell'art. 270 octies c.p., contenente una nuova fattispecie rubricata "Istigazione al terrorismo", finalizzata a punire la pubblica diffusione di messaggi che incitano, anche in maniera indiretta, a commettere atti terroristici.

Questa la disposizione che, al tempo, si proponeva di inserire nel tessuto codicistico: "Articolo 270-octies (Istigazione al terrorismo) - 1. *Fuori dai casi di cui agli articoli 270-bis e 270-ter, chiunque, attraverso qualsiasi mezzo, pubblicamente distribuisce o altrimenti diffonde messaggi che incitano in modo diretto o indiretto alla commissione di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, ovvero al compimento di condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo, ai sensi dell'articolo 270-sexies, cagionando il pericolo della commissione degli atti o delle condotte anzidetti, è punito con la reclusione da due a sei anni.*

2. *Ai fini di cui al comma 1, costituiscono atti di incitamento indiretto quelli che esaltano o sostengono obiettivi, metodi o risultati delle associazioni terroristiche di cui all'articolo 270 - bis, ovvero che esaltano o sostengono il compimento di condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo, ai sensi dell'articolo 270-sexies.*"

La norma tiene conto delle indicazioni provenienti dal legislatore europeo e ha il pregio di fornire una definizione dei comportamenti che costituiscono atti di incitamento indiretto, ancorando al contempo la punibilità degli stessi al pericolo concreto di commissione delle condotte terroristiche ivi indicate. Solo l'accertamento dell'idoneità, ancorché indiretta, di siffatte condotte a provocare la commissione di atti terroristici può assicurare un'effettiva armonizzazione con i principi di materialità ed offensività e impedire lo scivolamento verso la

⁷⁵ In questo senso, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 319 ss. In particolare, secondo l'Autrice, il legislatore sceglie, colpevolmente, di limitarsi a emanare ordini di esecuzione delle convenzioni internazionali e a riprodurre pedissequamente – o addirittura con peggioramenti – le norme europee, tralasciando gli effetti negativi di un loro inserimento disorganico nell'ordinamento, ma soprattutto, senza considerare che, così operando, si finisce per trasferire alla giurisprudenza – costituzionale e non – un ruolo che non le è proprio, quale appunto l'armonizzazione della disciplina con i principi nazionali.

⁷⁶ Il disegno di legge n. 1799, presentato in data 18 settembre 2007 dai Ministri degli affari esteri e della giustizia, è disponibile in http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/testi/28942_testi.htm.

repressione della mera disobbedienza⁷⁷.

Tuttavia, non può sottacersi come questa scelta di attestarsi sulla soglia del pericolo concreto, seppur apprezzabile nelle intenzioni, si traduca in una poco felice formulazione letterale, laddove si utilizza il verbo cagionare con riferimento al concetto di pericolo: quest'ultimo, consistendo – come è noto – in un giudizio di relazione e non in un evento naturalistico⁷⁸, risulta incompatibile con un termine che, invece, presuppone la sussistenza di un legame causale.

D'altra parte, come anticipato, l'estremo del pericolo concreto non sempre è in grado di fungere di per sé da garanzia di determinatezza del fatto tipico, rischiando di divenire piuttosto un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie, condizionate dai bisogni contingenti di pena e dal contesto politico-sociale di riferimento⁷⁹; e ciò vale in particolar modo per i reati di opinione, nei cui confronti non sono affatto certi i parametri in forza dei quali l'idoneità deve essere accertata⁸⁰.

Ne consegue, pertanto, la necessità di intervenire anche sul piano della determinatezza della fattispecie, attraverso la selezione, già in sede di formulazione normativa, delle specifiche condotte provocatorie che possano dar luogo al pericolo di commissione di atti terroristici.

In questo senso, non sembra che la proposta del legislatore del 2007 vada nella giusta direzione: la definizione dei comportamenti qualificabili come incitamento indiretto risulta, infatti, fin troppo ampia, riferendosi a generici atti di esaltazione o sostegno di condotte terroristiche. A ciò si aggiunga che l'individuazione delle suddette condotte si ricollega alla finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies c.p., descritta – come prima rilevato⁸¹ – in maniera imprecisa, e alla fattispecie di associazione terroristica ex art. 270 bis c.p., la cui interpretazione si è spesso caratterizzata per preoccupanti forme di “torsione ermeneutica”, tali da snaturare il concetto stesso di associazione, arretrando la tutela penale ad uno stadio fin troppo lontano rispetto ai principi di offensività e materialità⁸².

Sarebbe, dunque, preferibile che il legislatore delimitasse con maggiore precisione le condotte penalmente rilevanti, indicandole – secondo la tecnica c.d. casistica⁸³ – in quelle che, non rientrando già nella sfera di operatività dell'istigazione diretta pubblica o privata, siano idonee ad avvalersi, per l'oggetto, il modo o il contesto, di condizioni psichiche recettive nei destinatari⁸⁴.

Invero, siffatta indicazione consentirebbe di evitare sovrapposizioni con le fattispecie previste dagli artt. 302 e 414 c.p., ma soprattutto di sfuggire al rischio di anticipare la soglia di tutela, punendo atti preparatori rispetto ad atti a loro volta preparatori, al di là di un limite

⁷⁷ Così, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Vol. 1, ed. 3°, Milano, 2001, p. 603 ss. A ben vedere, secondo gli Autori, il vero banco di prova della legittimità costituzionale delle norme che configurano reati di pericolo indiretto – come quella in esame – è rappresentato dal principio di proporzionalità: invero, incriminando comportamenti che, per la loro lontananza dal bene giuridico, comportano una probabilità troppo bassa di sfociare nella lesione, si rischia, infatti, che il ricorso alla pena risulti sproporzionato; occorre, pertanto, che i beni tutelati ad uno stadio così anticipato siano indispensabili per l'integrità delle istituzioni e per la sopravvivenza stessa della società (ivi, p. 602). Nello stesso senso, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1986, p. 717 ss.; M. PELISSERO, *Reato Politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 128 ss.

⁷⁸ Per tutti, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 19.

⁷⁹ M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 340 ss.

⁸⁰ Più specificamente, in materia di istigazione, al fine dell'accertamento dell'idoneità, la giurisprudenza di legittimità ha fatto riferimento a criteri variabili e scarsamente selettivi, quali il rapporto di contiguità temporale tra istigazione e fatto istigato; la nettezza del messaggio istigatorio e la sua direzione verso cerchie di destinatari sensibili; il contesto nel quale il messaggio si inserisce. Sul punto, sia consentito rinviare a, V. NARDI, *Quando “la parola contraria” è ritenuta penalmente irrilevante*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1228 ss.

⁸¹ V. nota n. 48.

⁸² F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 418.

⁸³ Sulla distinzione tra legislazione casistica e legislazione per clausole generali, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. p. 123 ss.

⁸⁴ In questo senso, seppur con riferimento alle figure di istigazione contemplate dagli artt. 414, 415, 303, 266, comma 2, c.p., A. SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, Padova, 2000, p. 162. Più specificamente, a parere dell'Autore, tali ipotesi criminose si contraddistinguono per la particolare modalità pubblica della comunicazione, da cui deriva non soltanto un pericolo di commissione di un illecito da parte dei destinatari del messaggio istigatorio, ma un vero e proprio rischio qualificato, almeno potenziale, di moltiplicazione della capacità persuasiva e dell'effetto suggestivo delle parole. In tale prospettiva, è necessaria, quantomeno in via interpretativa, una concretizzazione del requisito della “pubblicità” che consenta di evidenziare siffatto rischio, limitando la potenziale genericità delle previsioni legali; esso deve implicare – oltre alla già indicata idoneità della condotta ad avvalersi di condizioni psichiche recettive nei destinatari – che l'istigazione sia diretta a far commettere un reato suscettibile di realizzazione immediata (o quasi immediata); che sia rivolta a una pluralità significativa di persone; che contenga l'indicazione da parte dell'agente di un minimo di corredo di modalità concrete che conferiscano consistenza “pratica” all'intento esternato.

tollerabile in uno Stato di diritto⁸⁵.

⁸⁵ Al riguardo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. p. 603, secondo cui l'incriminazione di atti preparatori risulta costituzionalmente legittima solo ove si tratti di condotte che non siano così remote da rappresentare un pericolo "doppiamente" indiretto, cioè il pericolo del pericolo di un pericolo di lesione.

TERRORISMO E PROCESSO PENALE
TERRORISM AND CRIMINAL PROCESS

-
- 133** **La “debole” concentrazione distrettuale delle indagini in materia di terrorismo**
Giuseppe Schena
-
- 141** **La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo**
Bianca Agostini
-
- 149** **La tutela della riservatezza nell’era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo**
Caroline Peloso
-
- 162** **La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee**
Valeria Spinosa
-
- 169** **Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni**
Guido Colaiacovo

La “debole” concentrazione distrettuale delle indagini in materia di terrorismo

Il coordinamento investigativo tra passato e presente nell’esperienza italiana

The “Weak” District Confluence of Investigations on Terrorism

Past and Present Italian Investigative Coordination

GIUSEPPE SCHENA

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto processuale penale presso l’Università degli Studi di Bologna

TERRORISMO, COORDINAMENTO INVESTIGATIVO, SPECIALIZZAZIONE, DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO, DIREZIONI DISTRETTUALI ANTIMAFIA, DIREZIONI DISTRETTUALI ANTITERRORISMO, PROCURATORE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO, PROTOCOLLI ANTITERRORISMO

TERRORISM, INVESTIGATIVE COORDINATION, SPECIALIZATION, ANTI-MAFIA AND ANTITERRORISM NATIONAL PROSECUTOR’S OFFICE, ANTI-MAFIA AND ANTITERRORISM DISTRICT PROSECUTOR’S OFFICE, COUNTERTERRORISM PROTOCOLS

ABSTRACT

La pericolosità del fenomeno terroristico, la sua attitudine a trasformarsi e rinnovarsi ad ogni sua manifestazione pongono gli inquirenti di fronte a problematiche di rilevante complessità. L’elaborato propone una serie di riflessioni sul tema del coordinamento investigativo delle indagini in materia di terrorismo, concentrandosi, in particolare, sulla possibilità di ripensare l’attuale sistema di coordinamento, anche alla luce dell’esperienza maturata contro la mafia e il terrorismo ideologico. Nonostante l’intervento del legislatore, che di recente ha istituito la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, permangono tuttora alcune criticità. L’intento, dunque, sarà quello di individuarle in vista dell’attuazione uniforme del coordinamento, a cominciare dalle prassi investigative delle Procure della Repubblica

The dangerousness of terrorism and its ability to transform and renew itself in all its manifestations pose significant problems for investigators. This article proposes a series of considerations concerning counterterrorism investigative coordination, focusing, in particular, on the possibility of reconsidering the current coordination system, even in light of the experience gained from the fight against mafia and ideological terrorism. Despite the intervention of the legislature, which recently established the Anti-mafia and Antiterrorism National Prosecutor’s Office, some problems still remain. The goal, therefore, is to identify these problems and uniformly implement coordination starting with the investigative practice of the National Prosecutor’s Office.

SOMMARIO

1. Alcune premesse illustrative. – 2. La nozione di coordinamento investigativo. – 3. La normativa in materia di coordinamento antiterrorismo e le relative criticità. – 4. Il rischio di una pericolosa asimmetria nel contrasto alla criminalità organizzata. L'espedito del "protocollo antiterrorismo". – 5. Oneri e poteri di coordinamento locale. – 6. Considerazioni conclusive. Le Direzioni distrettuali antimafia e antiterrorismo come occasione perduta.

1.

Alcune premesse illustrative.

L'esperienza investigativa italiana in materia di contrasto al terrorismo si caratterizza, storicamente, per l'adesione spontanea dei magistrati requirenti alla cultura del coordinamento e dello scambio informativo.

Nella prima parte di questo contributo, definito il concetto di coordinamento, si ragionerà sul bisogno dell'agire coordinato tipico delle indagini in materia di terrorismo e, in generale, di quelle relative alla criminalità organizzata, non solo mafiosa. Si potrà constatare, di fatto, una commutazione delle relative tecniche investigative, pur sussistendo inequivocabilmente una sostanziale differenza tra i fenomeni considerati.

Nella seconda parte, richiamata brevemente la normativa di rilievo, si illustreranno gli effetti dei progressivi arrangiamenti legislativi (cd. legislazione dell'emergenza) sull'attuale sistema di coordinamento investigativo. Effetti che, con ogni probabilità, sono alla base delle inefficienze tuttora palpabili nelle reti di coordinamento locale e, soprattutto, nel dialogo tra queste e l'organo nazionale di coordinamento antimafia e antiterrorismo. Sulla scorta delle fragilità emerse nelle parti introduttive, si scoprirà la debolezza complessiva del modello di coordinamento vigente.

Persistono *de facto* incertezze nelle fasi di raccolta, condivisione e circolazione delle informazioni tra i 26 uffici requirenti legittimati a indagare in materia di terrorismo. Mancano strutture specializzate, come le Direzioni distrettuali antimafia, che operino a livello orizzontale secondo prassi investigative uniformi, in grado di assicurare un'informazione tempestiva, reciproca ed effettiva, e che sempre uniformemente elaborino le notizie ricevute.

Parte della magistratura, al fine di rendere effettivo il coordinamento tra la Procura nazionale e le Procure distrettuali e ordinarie, si è spontaneamente adoperata per allestire "protocolli antiterrorismo", già strumento cardine nella lotta alla mafia¹. La visione globale del fenomeno terroristico risulta compromessa, allo stato, dalla disorganicità nelle trasmissioni con e tra le Procure della Repubblica, che riduce in misura considerevole la possibilità di cogliere collegamenti tra le indagini.

Per giustificare quanto premesso, si ragionerà, dunque, sul tema del coordinamento investigativo osservando nelle pagine seguenti uno sviluppo di tipo diacronico.

2.

La nozione di coordinamento investigativo.

Con il coordinamento, la società aspira a realizzare un'azione organica dei pubblici poteri. Il coordinatore, soggetto *primus inter pares*, opera per evitare conflitti, contraddizioni e contrasti nel raggiungimento di obiettivi comuni, armonizzando le autonome attività dei singoli². Giuridicamente parlando, il coordinamento presuppone il contemporaneo svolgersi da parte di più uffici del Pubblico ministero di indagini tra le quali si riconosca esistente un collegamento ai sensi dell'art. 371 del codice di rito³. Una lettura approfondita di quest'ultima norma

¹ Cfr. D. CARCANO, *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, GIUFFRÈ, 2009, p. 240 e ss.; M. VIETTI, S. ERBANI, G. FIORENTINO, E. F. TRONCONE, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, EGEO, 2013, p.2451; S. SAU, *Le Indagini collegate: il coordinamento investigativo degli uffici del pubblico ministero*, CEDAM, 2003, p.142 e ss.

² Cfr. A. MARITATI, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della DNA*, in *Quaderni CSM*, 1998, n. 99, II, p.23 e ss.

³ Cfr. F. CARDELLA, *Il collegamento tra indagini separate*, in *Quaderni CSM, Per una formazione europea dei magistrati*, Roma, 2002 (n. 134), II, p.225 e ss.; D. MANZIONE, *Le indagini collegate nel sistema processuale italiano*, in G. MELILLO, A. SPATARO, P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, GIUFFRÈ, 2004, pp.61-80.

suggerisce l'esistenza di un coordinamento dell'attività investigativa e di un coordinamento organizzativo della funzione requirente.

Conseguentemente, la nozione di coordinamento investigativo accolta dal codice nell'art. 371-bis co.3 lett. c) si riferisce sia all'aspetto processuale sia a quello ordinamentale. Tant'è vero che l'esigenza di coordinarsi era avvertita nella pratica giudiziaria cresciuta sui procedimenti di criminalità terroristica e mafiosa, prima che la legge ne dettasse una pur sommaria disciplina.

Sin dagli anni di piombo infatti, la capacità di auto-organizzazione degli organi inquirenti ha giocato un ruolo primario nella repressione del fenomeno terroristico, sovente anticipando l'intervento novellatore. A partire dagli anni '70 si formarono spontaneamente, presso alcune procure della Repubblica, gruppi di lavoro specializzati nella trattazione di particolari categorie delittuose, poi divenuti modello investigativo nel contrasto della criminalità organizzata: dal primo *pool* torinese, con Bruno Caccia, specializzato nell'antiterrorismo interno, alle iniziative di Piero Vigna presso la Procura di Firenze, fino ad arrivare alle "centrali" antimafia di Giovanni Falcone nei primi anni '90. Si passò cioè da un auto-coordinamento, per l'appunto spontaneo, a un coordinamento programmato delle indagini sui fenomeni criminosi di maggiore complessità ed estensione territoriale, favorendo la cooperazione tra i vari uffici giudiziari e il raccordo con gli organismi di Polizia come con le autorità straniere.

Preso atto di questa elementare esigenza dettata dalla diffusione spaziale del crimine organizzato, il legislatore ha predisposto l'organismo adeguato ad assolvere i relativi compiti. Ne è prova la Direzione nazionale antimafia che ha visto di recente estesi i poteri di coordinamento alla materia dell'antiterrorismo⁴.

La relazione fra terrorismo e mafia, testimoniata sin dalla Posizione Comune adottata dal Consiglio d'Europa il 27.12.2002, insiste proprio sulle tipicità della criminalità organizzata: multiterritorialità, durata temporale e necessità di considerevoli risorse economiche. In tal senso, l'uno diviene per l'altro un fattore di forza. Si pensi alle rendite derivanti dal traffico di armi, stupefacenti e migranti, dal riciclaggio, dal contrabbando di opere d'arte, ecc...⁵. L'attenzione va pertanto concentrata proprio sulla specializzazione del coordinamento nelle indagini di terrorismo e criminalità organizzata.

Osservate le dinamiche globali del crimine, sempre più interconnesso e transnazionale, non si può prescindere da un'analisi sistematica e unitaria dei fenomeni criminosi, in virtù dei collegamenti che possono scaturire dalle indagini relative al terrorismo cd. islamico, al terrorismo nazionale e alla criminalità mafiosa. La presenza di gruppi terroristici sul territorio potrebbe, in ipotesi, essere mascherata dalla mediazione della criminalità mafiosa, ad esempio tramite il commercio di carte di identità false e altri documenti in bianco. La natura intrinsecamente specializzata dei fenomeni in questione, specie se connessi e perpetrati attraverso il metodo associativo, esige, a maggior ragione, canali di coordinamento altrettanto specializzati ed efficienti⁶.

L'esistenza di un organo centrale per il coordinamento delle indagini sul terrorismo è coerente con queste premesse e con l'obiettivo più volte dichiarato di abbandonare la logica emergenziale delle riforme dell'ultimo trentennio. Ciò nonostante, residuano alcuni limiti strutturali. Alludo alla mancata istituzione delle Direzioni distrettuali antiterrorismo, funzionalmente autonome o integrate alle già esistenti Direzioni distrettuali antimafia. Conviene soffermarsi brevemente sul punto.

3. La normativa in materia di coordinamento antiterrorismo e le relative criticità.

Agli albori del coordinamento, la volontà del singolo magistrato requirente era decisiva: si

⁴ L'art. 10 del d.l. 18 febbraio 2015, n.7 "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", conv. con modif. in L. 17 aprile 2015, n.43, ha riscritto l'art. 103 del d. lgs. 6 settembre 2011, n.159, recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione" istituendo la «Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo», al cui vertice è preposto il «Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo». Il testo coordinato del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 è consultabile sulla [Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana](#).

⁵ Cfr. F. ROBERTI, *Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative*, in *Questione Giustizia*, Speciale settembre 2016, Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, ultima cons. novembre 2016.

⁶ P.L. VIGNA, *Il coordinamento delle indagini giudiziarie sui delitti di terrorismo, Italianieuropei*. Fasc. 4, 2005, ultima cons. novembre 2016.

coordinava solo chi voleva coordinarsi, stringendo rapporti informativi con i colleghi impegnati su fronti investigativi contigui e intricati.

Le istanze di coordinamento nella fase istruttoria furono accolte, per la prima volta, nei novellati artt. 165-bis e 165-ter c.p.p. previgente, in materia di segreto istruttorio (ora investigativo). Com'è noto, la legge consentiva di derogare al segreto, in favore rispettivamente di altri magistrati e del Ministero dell'interno (quindi della polizia), a fronte del bisogno di «immediata prevenzione e tempestivo accertamento» di condotte criminose allarmanti per la collettività⁷.

Accanto alle ragioni di pubblica sicurezza, l'impulso al coordinamento derivò anche da esigenze organizzative dell'attività investigativa, a riprova della sua natura ancipite.

Il potere diffuso di avviare l'indagine penale, infatti, creava spesso una disorientante sovrapposizione delle operazioni esplorative, da imputare evidentemente al difettoso raccordo tra gli uffici del Pubblico ministero.

Una prima disciplina in punto di collegamento delle indagini tra diversi uffici del Pubblico ministero si ebbe con l'introduzione dell'art. 371 nuovo c.p.p., a salvaguardia della speditezza, dell'economia e dell'efficacia delle indagini preliminari. Ma di fatto ancora aleatoria. Il crisma dell'imperatività giunse successivamente con l'art. 118-bis disp. att. c.p.p., che attribuì al Procuratore generale presso la Corte d'Appello poteri di coordinamento delle indagini riguardanti i delitti ex art. 407 co.2 lett. a) c.p.p.

Il clima dei primi anni '90 richiedeva però uno sforzo ulteriore rispetto al collegamento disciplinato dal codice, specialmente per i reati di criminalità organizzata di stampo mafioso. Si arrivò, non senza critiche⁸, alla creazione della cd. "Superprocura antimafia" e quindi a forme nuove di collaborazione, per contrastare "nuove" forme di criminalità.

Faccio riferimento, in particolare, all'introduzione dell'art. 371-bis c.p.p., che attuò la concentrazione nelle mani del Procuratore nazionale antimafia dell'attività, in senso lato, di coordinamento investigativo rispetto ai reati connotati dalla multiterritorialità e dal metodo mafioso. Si tratta precisamente del primo tipo di coordinamento investigativo specializzato e centralizzato, che si sostanzia nell'impulso nei confronti dei Procuratori distrettuali a collaborare, anche spontaneamente, per la completezza e la tempestività delle investigazioni, nonché per l'impiego ottimale delle forze di Polizia giudiziaria.

Il coordinamento così assicurato dalla Procura nazionale antimafia, in qualità di struttura servente e collaterale alle Direzioni distrettuali antimafia, introduceva un modello peculiare di coordinamento organizzativo e investigativo. Con ciò dimostrando l'ambivalenza della soluzione ordinamentale a fronte della complessità dei fenomeni criminosi: accentramento delle indagini in capo a un numero limitato di strutture investigative specializzate operanti sul territorio (le Direzioni distrettuali antimafia), predisposte per un collegamento orizzontale, e attribuzione dei compiti di coordinamento (verticale) a un organo centrale istituito *ad hoc* (la Direzione nazionale antimafia).

Sul piano del diritto positivo, le funzioni di coordinamento antiterrorismo erano invece incardinate nell'ufficio del Procuratore generale presso la Corte d'appello, principalmente per evitare la frammentazione dell'attività requirente. Presto, però, ci si rese conto della mancanza di regole uniformi di coordinamento tra uffici interni ed esterni al distretto, tanto che alcuni cominciarono a parlare di una "distrettualizzazione debole"⁹.

In effetti, quando nel 2001 il legislatore attribuì la titolarità delle indagini in materia di terrorismo all'ufficio del Pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto, riscrivendo il co. 3-quater dell'art. 51 c.p.p. sul paradigma del co. 3-bis per la criminalità mafiosa, aveva centrato l'obiettivo di assicurare la buona riuscita delle indagini, ma non quello di potenziare l'efficienza complessiva della resa investigativa. Il terrorismo, diversamente dalla mafia,

⁷ Così già l'art. 7 co.4 della l. 22 dicembre 1975, n. 685 in materia di stupefacenti e, su un piano più generale, l'art. 4 del d.l. 21 marzo 1978, n.59 per la prevenzione e repressione di «gravi reati», che, nei giorni convulsi subito successivi al sequestro dell'on Moro, introdusse nel codice del 1930 gli artt. 165-bis e 165-ter. Sul segreto si veda P. NUVOLONE, *Il segreto istruttorio*, in *L'Indice penale*, 1982, fasc. 1, pp. 5-19; recentemente, D. CHINNICI, *Il regime del segreto investigativo*, in *Cass. pen.* 2015, fasc. 5 pp. 2081-2092; A. A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, GIUFFRÈ, 2006, p. 357, nota a piè di pagina n.57.

⁸ Cfr. A. SPATARO, *Ne valeva la pena: Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, LATERZA, 2011, scrive riferendosi a Giovanni Falcone: «Elaborò, mentre era al ministero, il progetto di costituzione della Direzione nazionale antimafia e patì anche qualche critica per la sua originaria impostazione: il 28 ottobre 1991 una sessantina di magistrati (tra cui io stesso) sottoscrisse un documento contenente le critiche e le preoccupazioni [...] tra le tante firme [...] quelle di Paolo Borsellino, Antonino Caponnetto e Gian Carlo Caselli».

⁹ F. ROBERTI, *Il coordinamento delle indagini in materia di delitti commessi con finalità di terrorismo*, in G. MELILLO, A. SPATARO, P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, GIUFFRÈ, 2004, pp.255-296.

non ha mai avuto prima d'ora un coordinamento nazionale, né prassi condivise e uniformi di coordinamento territoriale.

Non si tratta solamente di evitare la pendenza di più indagini da parte degli uffici del Pubblico Ministero o di più attività della Polizia giudiziaria sugli stessi fatti, bensì di potenziare entrambe creando sinergie volte a contrastare con maggior efficacia organizzazioni criminali.

Salvo qualche elemento di novità¹⁰, si ribadiva in ogni caso la scelta politico-legislativa di non introdurre un organo centrale di coordinamento e impulso antiterrorismo. Ma il sistema, in questo modo, era scarsamente funzionale¹¹. La sua inefficienza, oltre ad essere provata storicamente dalle indagini sulla mafia e sul terrorismo interno, è confermata al momento dalle caratteristiche «liquide» del terrorismo cd. islamico. Non essendo possibile ravvisare collegamenti con specifiche realtà locali, è indispensabile adottare azioni di contrasto uniformi su tutto il territorio nazionale.

Completato il processo verticale di accentramento del coordinamento antiterrorismo, è lecito chiedersi quale sia la ragione che osti ad un accentramento anche orizzontale-distrettuale in articolazioni stabili e funzionalmente autonome come le Direzioni distrettuali. L'aver attribuito al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo penetranti poteri di impulso e coordinamento non assicura in realtà *standard* omogenei di efficienza investigativa. Nel senso che nemmeno un organo centrale di coordinamento può supplire alla disomogeneità organizzativa delle 26 Procure distrettuali. Difatti, la riforma del 2015 ha interessato solo in superficie il coordinamento.

4. Il rischio di una pericolosa asimmetria nel contrasto alla criminalità organizzata. L'espedito del "protocollo antiterrorismo".

Nel lasso di tempo compreso tra l'emanazione del decreto antiterrorismo e la sua conversione in legge, il Consiglio Superiore della Magistratura si esprime mettendo subito in luce che la riforma «incide sull'architettura ordinamentale attribuendo - in adesione ad una delle possibilità che erano state, al riguardo, prospettate - alla preesistente Direzione Nazionale Antimafia compiti di coordinamento in materia di antiterrorismo senza, tuttavia, replicare tale schema a livello distrettuale»¹². In qualità di vertice organizzativo della magistratura, il Consiglio anticipava, nella stessa occasione, che sarebbe intervenuto in futuro per adagiare gli effetti del nuovo *corpus* legislativo all'organizzazione degli uffici di Procura, specialmente di quelli capoluogo del distretto competenti in materia di terrorismo.

Si era intuito che la novella avrebbe determinato una grave asimmetria nel contrasto alla criminalità organizzata. Mentre sul fronte del coordinamento nazionale si è assistito ad un'assimilazione tra fenomeno mafioso e terroristico, a livello territoriale resiste invece una distinzione funzionale tra Direzione distrettuale, articolazione diversa dai gruppi specializzati di lavoro, e Procura distrettuale. Il dirigente dell'ufficio distrettuale, cui l'art. 51 co. 3-quater c.p.p. riconosce l'esercizio esclusivo delle funzioni di Pubblico ministero in materia di terrorismo, potrà quindi modulare liberamente l'organizzazione interna, secondo le competenze dei sostituti e le risorse disponibili, eventualmente anche al di fuori delle cautele funzionali richieste per il coordinamento verticale. Una simmetria piena, d'altronde, avrebbe irrigidito eccessivamente l'ordinamento, orientato alla flessibilità organizzativa.

All'indomani della riforma, tematica *de jure condendo* sarebbe stata quella di capire in che modo le Procure distrettuali antiterrorismo si sarebbero potute coordinare con la Direzione

¹⁰ Con il d. l. 27 luglio 2005, n. 144 "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale", conv. con modif. dalla L. 31 luglio 2005, n. 155.

¹¹ V. GREVI, *Coordinamento e banca dati. Le armi spuntate dei giudici*, in *Corriere della Sera*, 26.2.2007, ultima cons. novembre 2016, ha riferito che «l'idea di una struttura unitaria volta a coordinare le inchieste per fatti terroristici in Italia [...] appare sempre più condivisa, ed è fortemente auspicata anche a livello internazionale. Anzi, essa è praticamente imposta dalle esigenze di individuare un adeguato corrispondente nazionale rispetto ad Eurojust, l'organismo europeo di coordinamento delle indagini sulla criminalità organizzata. Eppure, nessun governo ha mai fatto qualcosa di concreto al riguardo»; il CSM con Risoluzione del 12.7.2006, ultima cons. novembre 2016, si è espresso sul punto: «In conclusione, la costituzione di un organismo di coordinamento (ndr.: definito nel documento "D.N.A.T.", cioè "Direzione Nazionale Anti Terrorismo") è ormai necessaria. Essa è anzi urgente, in quanto occorre dare risposta alle esigenze derivanti dal contrasto del terrorismo internazionale».

¹² CSM, *Parere sul testo del decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7 concernente: "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"*, Delibera 18 marzo 2015, ultima cons. novembre 2016.

nazionale¹³, e con le altre Procure del distretto. In pratica, si stava chiedendo all'organo appena individuato per il coordinamento nazionale di operare una ricognizione delle buone prassi in uso presso gli uffici distrettuali, selezionando una lista da far circolare tra i vari distretti al fine di omogeneizzarne i contenuti.

Donde, l'opportunità di approntare protocolli organizzativi tra Procure distrettuali e ordinarie, al fine di rendere maggiormente omogenea e tempestiva la circolazione delle informazioni, alla luce delle differenze organizzative. S'intende rafforzare la rete delle conoscenze attraverso la creazione di un canale informativo privilegiato tra Procure distrettuali e Procura nazionale. Tuttavia, per far sì che il canale funzioni, occorre anche che le informazioni vengano raccolte seguendo criteri interpretativi uniformi.

Considerata in effetti la vastità delle categorie di reato riconducibili al fenomeno terroristico ex art. 270-sexies c.p., risulta cruciale, a monte, la selezione delle condotte rilevanti ai fini investigativi (cd. reati spia). Posto che l'elezione delle condotte sintomatiche differisca da procura a procura, in ragione delle specificità locali, in assenza di un loro coordinamento si rischia di disperdere il patrimonio conoscitivo acquisito con le indagini, e in più di tralasciare i possibili collegamenti che emergono dall'esame dei vari episodi delittuosi.

Di recente, il Consiglio Superiore della Magistratura è intervenuto proprio su questo punto. La Risoluzione 16.03.2016, di riorganizzazione delle Procure competenti in materia di terrorismo¹⁴, incoraggia l'adozione di processi organizzativi uniformi, suggerendo un modello minimo di disciplina comune.

Diversamente, le incertezze applicative sarebbero disfunzionali e controproducenti.

5. Oneri e poteri di coordinamento locale.

In materia di terrorismo, l'ultima riforma sembra avere complicato un sistema già complesso, a partire dall'individuazione dei protagonisti del coordinamento. In proposito, appare istruttivo un recente episodio¹⁵.

Il 1° luglio 2015, il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo raccomandava ai Procuratori distrettuali e ai Procuratori generali delle Corti d'appello la creazione di protocolli d'intesa, per coordinare le indagini in materia di terrorismo internazionale. Si postulava l'estensione dei poteri dei Procuratori generali, prevedendo per i medesimi la facoltà di organizzare riunioni periodiche tra i magistrati delle Procure distrettuali e ordinarie.

Il successivo 21 luglio, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino negava la propria disponibilità a siglare protocolli che riconoscessero ai Procuratori generali un ruolo ordinario di coordinamento investigativo, in relazione a reati che, anche solo potenzialmente (come i reati spia), riguardassero il terrorismo.

Il 31 luglio, il Procuratore generale della Corte d'appello di Torino indicava comunque ai Procuratori del distretto criteri di coordinamento, doverosi in considerazione della delicatezza del fenomeno terroristico. Secondo il Procuratore generale, «la "distrettualizzazione debole della competenza antiterrorismo in capo all'ufficio del capoluogo del distretto" esige che il Procuratore generale intervenga attivamente nel coordinamento investigativo per evitare il formarsi di un "vuoto organizzativo"», non avendo la legge previsto un organo distrettuale di coordinamento e impulso centralizzato.

In verità, il complesso dell'attuale normativa ordinamentale e processuale non attribuisce al Procuratore generale compiti ordinari di coordinamento investigativo, ma solo poteri di ricognizione e diffusione di buone prassi. Circostanza confermata dall'assenza di prerogative analoghe nel campo della criminalità mafiosa, ma soprattutto dai nuovi poteri di coordinamento dell'organo nazionale, quale limite estrinseco ad un'interpretazione di senso contrario. Ne consegue, in primo luogo, che i Procuratori generali rivestono un ruolo di sola vigilanza rispetto ai Procuratori del distretto, non autoritativo in senso gerarchico; secondariamente,

¹³ Questione analoga si pose con riferimento ai rapporti tra la Direzione nazionale antimafia e le Procure territoriali, si veda in merito CSM, *Rapporti tra Direzione Nazionale Antimafia e singole Procure della Repubblica*, Deliberazione del 21 gennaio 1998, ultima cons. novembre 2016; D. MANZIONE, *I complessi rapporti tra DNA, DDA e procure territoriali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, pp.1575 e ss.

¹⁴ CSM, *Organizzazione degli Uffici di Procura competenti per i delitti commessi in materia o con finalità di terrorismo. Rapporti con la Procura nazionale antiterrorismo. Coordinamento investigativo*. Risoluzione 16 marzo 2016, ultima cons. novembre 2016, pp.976 e ss.

¹⁵ La narrazione completa è riportata da A. SPATARO, *Rapporti tra Procure e Procure Generali*, in *Giustizia Insieme*, 23 settembre 2016, ultima cons. novembre 2016.

che solo l'unanime e condivisa valutazione di tutti i Procuratori del distretto consente di addivenire alla firma di protocolli investigativi, anche grazie alla *moral suasion* esercitata nei loro confronti dal Procuratore generale.

Pare dunque che il legislatore abbia inteso realizzare un coordinamento locale spontaneo e flessibile tra le Procure interessate, omettendo tuttavia di considerare che a livello nazionale il dialogo con la struttura centrale potrebbe, per ciò stesso, essere impostato su binari diversi. In altre parole, il fatto che dinanzi a episodi di criminalità comune le Procure ordinarie adottino criteri interpretativi differenziati in ragione delle specificità territoriali comporta, secondo l'ampia prospettiva del coordinamento nazionale, che episodi potenzialmente connessi al fenomeno terroristico non siano tempestivamente trasmessi alla competente Procura distrettuale, e da questa alla Procura nazionale, in quanto mascherati da reati ordinari. In tal senso, la capacità di individuare collegamenti tra le indagini pendenti presso i 26 uffici distrettuali competenti ne risulta francamente indebolita.

La *ratio* dei "protocolli antiterrorismo" è esattamente quella di stabilire un metro interpretativo comune, che favorisca l'esercizio dei poteri del Procuratore nazionale in qualità di vertice del coordinamento. Il riferimento normativo sarebbe allora l'art. 371-bis co. 3 lett. f), g), h) c.p.p., il cui obiettivo è quello di prevenire o risolvere contrasti riguardanti le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nelle attività di indagine.

Attualmente, protocolli d'intesa sono stati sottoscritti e comunicati al Consiglio Superiore presso numerose Procure distrettuali, con il coinvolgimento volontario delle Procure ordinarie, la mediazione dei Procuratori generali e l'intervento del Procuratore nazionale. Nella relazione annuale della Direzione nazionale diffusa lo scorso febbraio si contano protocolli presso 11 Procure generali: Ancona, Bologna, Brescia, Campobasso, L'Aquila, Messina, Napoli, Reggio Calabria, Salerno, Trento, Trieste¹⁶. Cui vanno aggiunte, per quanto in mia conoscenza, anche Perugia, Caltanissetta, Lecce, Venezia. Un numero assolutamente significativo, che però non copre la totalità degli uffici distrettuali.

Bisogna ammettere che c'è più di qualche maglia rotta nella rete delle conoscenze.

6. Considerazioni conclusive. Le Direzioni distrettuali antimafia e antiterrorismo come occasione perduta.

Va rimarcata la mancanza di completezza, organicità e tempestività dello scambio di informazioni finché ci si ostina a usare metodi, mezzi e tecniche d'indagine eterogenei nelle fasi di raccolta e analisi degli esiti investigativi in possesso di ciascuna procura distrettuale. In termini di progressione procedimentale, a farne le spese è direttamente l'esercizio corretto, puntuale e uniforme dell'azione penale.

La costituzione di Direzioni distrettuali antimafia e antiterrorismo avrebbe comportato l'automatica estensione della disciplina elaborata sinora in materia di coordinamento sulla criminalità organizzata, senza bisogno di ulteriori interventi di portata generale. Si sarebbe evitato di discorrere sull'opportunità di nuovi protocolli e si sarebbe recepito il *know-how* dei magistrati impegnati da anni nel contrasto della criminalità organizzata. La previsione di Direzioni distrettuali antimafia e antiterrorismo, insomma, avrebbe reso più efficiente l'attività investigativa, grazie al tempestivo scambio d'informazioni, alla condivisione delle esperienze specializzate, all'autonomia funzionale delle regole di organizzazione, nonché all'uniforme applicazione della disciplina sostanziale e ordinamentale. Si veda ad esempio la disciplina applicabile al sost. procuratore distrettuale antiterrorismo: *tertium genus*, figura inedita di magistrato requirente, non equiparabile al sost. procuratore antimafia, non essendo parte della Direzione distrettuale, ma nemmeno un sost. procuratore "comune", perché tenuto ai doveri di collaborazione con la Direzione nazionale.

La proposta di istituire Direzioni distrettuali antiterrorismo sul calco delle esistenti Direzioni distrettuali antimafia è stata oggetto di discussione anche in sede parlamentare, con

¹⁶ DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso, nel periodo 1° luglio 2014 – 30 giugno 2015*, febbraio 2016, ultima cons. novembre 2016.

almeno due disegni di legge presentati già tra il 2008 e il 2013¹⁷.

L'attuale sistema di coordinamento appare irragionevolmente asimmetrico. Se vuole centrare gli obiettivi, esso non può che tendere alla stabilità, continuità, e uniformità, incoraggiate dalle circolarità delle informazioni. Grazie all'uso delle moderne tecnologie informatiche, si potrà ulteriormente contare su un sistema che oltre alla raccolta dei dati, permetta di incrociarli e di selezionare le notizie rilevanti ai fini del collegamento. Un metodo già collaudato nell'esperienza di contrasto al terrorismo interno e alla mafia, da restituire anche oggi al terrorismo cd. islamico, magari incoraggiando l'uso delle tecnologie e la cooperazione internazionale.

¹⁷ D.d.l. S. del 12 giugno 2008, n. 771, d'iniziativa del Senatore D'ALIA: *Modifiche all'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antimafia e antiterrorismo, nonché aumento del ruolo organico della magistratura*, Legislatura XVI, ultima cons. novembre 2016; D.d.l. C. del 20 settembre 2013, n. 1609, d'iniziativa del Deputato DAMBRUOSO, recante *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antiterrorismo*, Legislatura XVII, ultima cons. novembre 2016.

La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo

The Legal Framework on Preventive Wiretapping for Counter-Terrorism Objectives

BIANCA AGOSTINI

Dottoranda di ricerca presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

TERRORISMO, INTERCETTAZIONI,
DIRITTI FONDAMENTALI

TERRORISM, WIRETAPPING,
FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Il contributo analizza le dinamiche relative all'utilizzo di strumenti propri del procedimento penale per esigenze preventive, come quella di impedire la commissione di determinate tipologie di illeciti, soffermandosi, in particolare, sulla disciplina delle intercettazioni.

This article analyses the dynamics relating to the use of tools proper of the criminal law proceedings for different objectives such as the prevention of the commission of certain types of crimes, with a main focus on the regulation of preventive wiretapping.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le intercettazioni preventive: genesi dell'istituto. – 3. Le problematiche. – 4. Conclusioni e prospettive.

1.

Introduzione.

La lotta ai fenomeni terroristici che hanno variamente interessato il territorio europeo ed extraeuropeo ha determinato l'esigenza di interventi normativi spesso dettati dalla necessità di approntare strumenti di *law enforcement* adeguati al repentino stato di emergenza.

Il legislatore nazionale è recentemente intervenuto con una decretazione d'urgenza¹ – che si aggiunge ai precedenti interventi del 2001 e del 2005 – la quale, oltre ad aver introdotto rilevanti novità sul piano del diritto sostanziale con l'intento di anticipare la soglia di rilevanza penale di determinate condotte, ha portato con sé alcune importanti modifiche per il sistema processuale penale nel suo complesso.

In particolare, gli interventi più incisivi sono stati dedicati alla fase delle indagini preliminari attraverso l'estensione delle funzioni proprie del procuratore nazionale antimafia anche ai delitti commessi con finalità di terrorismo (art. 371-*bis* c.p.p.), l'inserimento nel catalogo dei reati suscettibili di arresto in flagranza delle fattispecie cd. "sentinella" rispetto a fatti di matrice terroristica (art. 497-*bis* c.p. e art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. n. 286/1998), l'inclusione dei delitti di criminalità terroristica nel catalogo dei delitti che permettono l'utilizzo degli strumenti dei colloqui (art. 18-*bis* ord. penit.) e delle intercettazioni a fini investigativi (art. 226 disp. coord. c.p.p.).

All'interno di questo mutevole quadro normativo, il presente contributo avrà ad oggetto, più nello specifico, l'analisi delle dinamiche relative all'utilizzo di strumenti propri del procedimento penale – e, quindi, finalisticamente orientati all'accertamento della responsabilità penale in relazione alla commissione di un reato – per obiettivi di prevenzione, allo scopo cioè di impedire la (possibile) realizzazione di determinate tipologie di illeciti.

La creazione di questo "doppio binario" riguarda, in particolare, gli strumenti delle intercettazioni e dei colloqui con soggetti detenuti o internati che, a seconda (esclusivamente) dell'obiettivo perseguito dagli organi investigativi, saranno soggetti ad una disciplina differenziata, nonché a requisiti di adozione e garanzie profondamente eterogenei.

Ciò ha posto e pone tuttora numerose questioni inerenti alla legittimità e all'opportunità di prevedere un regime differenziato nonché – come si dirà – meno garantito per quelle misure che incidono su diritti costituzionalmente tutelati come, ad esempio, il diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

Accanto a questo profilo si pone, poi, il problema delle eventuali ricadute che tali meccanismi *ante delictum* possono avere all'interno dello spazio giurisdizionale e sull'impiego di istituti processuali, che viene spesso identificato come fenomeno di "trasmutazione poliziesca del procedimento penale"². Sullo sfondo si staglia, infatti, il rischio di un'involuzione politico-criminale non solo che si focalizzi sugli autori più che sui fatti ma che trasformi i mezzi di accertamento in strumenti di lotta più che contro il singolo terrorista, in generale contro il terrorismo come fenomeno³.

A tal proposito risulterà, quindi, necessario affrontare il delicato tema della tutela dei confini tra attività di *intelligence* e attività investigativa propria del procedimento penale.

¹ Cfr. d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43.

² NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 3. L'Autore mette in luce una duplice evoluzione dei rapporti intercorrenti tra esigenze preventive e sistema processuale sottolineando come, ad oggi, "non siamo solo di fronte al definitivo congedo dall'idea del processo penale come puro luogo d'accertamento di responsabilità per fatti criminosi del passato; non al semplice mescolarsi della repressione classicamente intesa con la logica della prevenzione rispetto a fonti di pericolo bisognose d'urgente neutralizzazione" in quanto l'ingresso sulla scena dei servizi informativi addetti alla sicurezza dello Stato ha reso addirittura "improprio assumere il processo penale a categoria di riferimento, sia pure per registrarne i notevoli scostamenti dal modello tramandato".

³ Si tratta di osservazioni espresse, sul piano processuale, da PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 628.

2.

Le intercettazioni preventive: genesi dell'istituto.

Limitando il campo di analisi alla figura delle intercettazioni, occorre rilevare che il nostro codice di procedura penale contempla l'intercettazione come mezzo di ricerca della prova, il cui utilizzo è subordinato al riscontro di gravi indizi in merito alla sussistenza di determinate categorie di reato, a ragioni di assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, nonché alla preventiva autorizzazione dell'organo giurisdizionale (art. 266 e ss. c.p.p.)⁴.

L'intercettazione quale mezzo di prevenzione dei reati impiegabile, cioè, *ante delictum* in funzione di neutralizzazione di futuri comportamenti criminosi, è stato icasticamente definito dalla dottrina come "strumento polveroso"⁵, trattandosi, infatti, di un'opzione (almeno inizialmente) osteggiata dall'avvento del nuovo codice⁶.

Tale strumento, concepito nel periodo di emergenza terroristica degli anni Settanta⁷ con l'obiettivo di prevenire gravi delitti a sfondo politico, prevedeva, *ex art. 226-sexies* del codice di rito allora vigente, che "a richiesta del Ministro per l'interno o, su sua delega, esercitata anche per il tramite del prefetto competente, a richiesta del questore, del comandante del gruppo dei carabinieri, del comandante del gruppo della guardia di finanza [...] il procuratore della Repubblica del luogo ove le operazioni devono essere eseguite può autorizzare l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche quando sia necessaria per le indagini in ordine ai delitti indicati nel primo comma dell'articolo 165-ter".

Successivamente la facoltà di utilizzare lo strumento delle intercettazioni preventive era stata estesa anche ai delitti di criminalità organizzata, inserendo l'allora istituendo Alto Commissario per la lotta alla mafia tra i soggetti abilitati a farne richiesta al procuratore della Repubblica⁸.

Il nuovo codice aveva optato per mantenere in vita esclusivamente quest'ultima ipotesi che, espulsa dall'impianto codicistico e trasferita tra le disposizioni di attuazione, assumeva carattere eccezionale, legittimando esclusivamente l'Alto Commissario per la lotta alla mafia ad ottenere tale "speciale strumento di ascolto"⁹.

L'atteggiamento di sospetto e di critica che aveva suscitato lo strumento in esame sin dalla sua introduzione avevano, infatti, portato la Commissione parlamentare a segnalarne, in seno alla relazione definitiva al codice, il contrasto con le stesse ragioni ispiratrici del nuovo sistema processuale.

Tuttavia, di lì a poco le stragi di stampo mafioso dell'estate del 1992 portarono il legislatore a ricorrere nuovamente allo strumento *de quo* prevedendo una nuova ipotesi di intercettazione preventiva, sempre su richiesta delle autorità di polizia – tra cui anche l'allora neoistituita Direzione investigativa antimafia – e subordinata alle ipotesi in cui queste ultime lo ritenessero necessario per l'attività di prevenzione e di informazione in ordine ai delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, del codice. Come è stato notato, tale nuova disposizione, contenuta nell'art. 25-*ter* d.l. n. 306/1992¹⁰, non prevedeva alcun criterio di coordinamento con la disciplina di cui all'art. 226 disp. coord. c.p.p.: parte della dottrina aveva prospettato come la cessazione dell'ufficio dell'Alto Commissariato a far data dal 1/1/1993 avesse determinato, però, la contestuale abrogazione della norma *de qua*¹¹.

Un'ulteriore evoluzione, ancora una volta determinata da una emergenza di matrice terroristica, si è avuta con gli attacchi dell'11 settembre, a seguito dei quali il legislatore ha deciso

⁴ È stato, poi, introdotto un regime differenziato e meno stringente per i reati di criminalità organizzata che prevede, come presupposti, la sussistenza di sufficienti indizi di reato nonché che lo strumento sia necessario per la prosecuzione delle indagini. Cfr. art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, successivamente modificato dall'art. 3-*bis* del d.l. 8 giugno 1992 n. 133, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, e da ultimo dall'art. 23 della l. 1 marzo 2001, n. 63.

⁵ DE LEO, *L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1862.

⁶ MENGONI, *Commento all'art. 4 del d.l. 2005*, in www.csm.it/circolari/050727_T.pdf: "con l'avvento del c.p.p. vigente, la disciplina delle intercettazioni preventive appariva cancellata dal sistema, perché ritenuta tanto di dubbia legittimità costituzionale, quanto – e soprattutto – ampiamente superata dalle regole del nuovo codice e dalle sue più profonde ragioni ispiratrici".

⁷ Cfr. art. 9 d.l. 21 marzo 1978, n. 59, recante "Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati", conv. in l. 18 maggio 1978, n. 191.

⁸ Cfr. art. 1, comma 8, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. in l. 12 ottobre 1982, n. 726.

⁹ CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il "Decreto antiterrorismo" (d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2508; PISTORELLI, *Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale*, in *Guida al dir.*, 2001, p. 90.

¹⁰ Tale decreto legge, contenente "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa" fu poi convertito in l. n. 356/1992.

¹¹ SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 9; DI CHIARA, *Commento all'art. 25-ter d.l. 8 luglio 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 256.

di intervenire direttamente sull'art. 226 disp. coord. c.p.p, riformando la disciplina delle intercettazioni preventive e abrogando la disposizione contenuta nell'art. 25-ter sopra citato¹².

Il nuovo impianto, tuttora vigente, prevede che il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei servizi centrali¹³ nonché il questore o il comandante provinciale dei carabinieri e della guardia di finanza possano avanzare la richiesta di autorizzazione alle intercettazioni preventive al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso in cui questo non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione tutte le volte il cui lo ritengano necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. a) e 51, comma 3-bis, del codice. Si prevede che delle operazioni effettuate debba essere redatto verbale sintetico il quale, insieme ai supporti utilizzati per le operazioni, dovrà essere depositato presso la segreteria del procuratore che ha autorizzato le captazioni affinché lo stesso possa valutare la conformità alla autorizzazione delle attività compiute e disporre la successiva distruzione. E', inoltre, espressamente stabilito che gli elementi acquisiti non possono essere utilizzati in un processo penale "fatti salvi i fini investigativi".

Dal punto di vista del contenuto dell'attività di captazione, la novella del 2001 ha inserito anche "le comunicazioni o conversazioni tra presenti, anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale" ampliandone, così, i confini anche oltre i limiti previsti dalla disciplina codicistica che, viceversa, ammette l'intrusione nel domicilio esclusivamente là dove vi sia "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa"¹⁴.

Parallelamente, nel 2005, è stata inserita anche la legittimazione del Presidente del Consiglio dei Ministri - al quale spetta secondo la legge n. 801/1978 l'alta direzione e la responsabilità delle politiche informative e di sicurezza - a richiedere, attraverso i direttori dei servizi informativi e di sicurezza, l'autorizzazione all'utilizzo delle intercettazioni finalizzate, questa volta, alla prevenzione in senso lato di attività terroristiche o di eversione dell'ordinamento costituzionale¹⁵. La parziale sovrapposibilità, sotto il profilo oggettivo, di tale disciplina con quella di cui all'art. 226 disp. coord. c.p.p. sembra legittimare un'ipotesi di competenza concorrente del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'interno nei casi in cui le esigenze preventive si riferiscano ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4 c.p.p.¹⁶.

Questo intervento normativo assume rilievo ai fini della presente analisi perché, pur richiamando espressamente il dettato paracodicistico, evidenzia alcune incertezze in merito all'individuazione del soggetto titolare del potere di autorizzazione. Mentre, infatti, l'art. 226 disp. coord. c.p.p. si riferisce al procuratore della Repubblica, il d.l. del 2005, con il dichiarato intento di evitare rapporti diretti tra i servizi di *intelligence* e magistratura inquirente¹⁷, aveva inizialmente ipotizzato la competenza del procuratore generale presso la Corte di cassazione; competenza che in sede di conversione, anche a seguito del parere negativo del CSM¹⁸, è stata invece attribuita al procuratore generale presso la corte d'appello.

A questa evoluzione si aggiunge, da ultimo, il d.l. n. 7/2015 che è nuovamente intervenuto sull'art. 226 disp. coord. c.p.p. inserendovi i delitti tentati o consumati con finalità di terrorismo di cui all'art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p., commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche. Tale disposizione è rappresentativa dell'obiettivo, fatto proprio dal legislatore, di intervenire sul fenomeno dei cd. "lupi solitari", ossia di quei soggetti qualificati come "terroristi fai da te" che si convertono alla causa fondamentalista e che, pur non essendo mossi da una strategia comune - tipica delle tradizionali organizzazioni criminali - si avvalgono di strumenti informatici per organizzare i propri attacchi.

La limitazione alle fattispecie che presuppongono l'impiego di strumenti informatici - criticata da parte della dottrina che riteneva auspicabile una formulazione più ampia - sembra-

¹² Cfr. art. 5 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 contenente "Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale", conv. in l.15 dicembre 2001, n. 438.

¹³ Si tratta dei servizi centrali della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza di cui all'art. 12 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modificazioni, in l. 12 luglio 1991, n. 203.

¹⁴ Cfr. art. 266, comma 2, c.p.p.

¹⁵ Cfr. art. 4 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155. L'utilizzo di una dizione così generica per identificare uno dei presupposti dell'adozione è stata notevolmente criticata, soprattutto con riferimento alla garanzia costituzionale di riserva di legge di cui all'art. 15, comma 2, Cost. Cfr., a tal proposito, RAFARACI, *Intercettazioni e acquisizione di tabulati telefonici*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris- Orlandi, Giappichelli, 2006, p. 266.

¹⁶ RAFARACI, *op. cit.*, p. 267.

¹⁷ RAFARACI, *op. cit.*, p. 268.

¹⁸ Il CSM, nel parere del 30 luglio 2005, aveva ritenuto maggiormente opportuno affidare tale compito ai procuratori della Repubblica presso le sedi distrettuali, in quanto già titolari di ulteriori compiti di coordinamento investigativo.

rebbe da salutare con favore, soprattutto avuto riguardo alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità nelle limitazioni a diritti costituzionalmente tutelati come la riservatezza delle comunicazioni, e risulta giustificata dall'obiettivo di neutralizzare i principali strumenti attraverso i quali i terroristi compiono le proprie attività di proselitismo¹⁹.

Tra le novità merita, poi, di essere segnalato il nuovo comma 3-*bis* dello stesso articolo che prevede una deroga all'obbligo di immediata distruzione dei dati acquisiti (non applicabile, però, al contenuto delle comunicazioni), su autorizzazione del procuratore competente, quando gli stessi risultino indispensabili per la prosecuzione dell'attività investigativa, per una durata massima di ventiquattro mesi.

3. Le problematiche.

Alla luce della breve premessa relativa all'evoluzione storica dell'istituto, tenendo presente che lo scopo dell'analisi è quello di verificare la compatibilità dell'impiego di tali strumenti con le garanzie difensive e con l'esigenza di rendere "impermeabile" il processo penale alle informazioni ottenute per esigenze di sicurezza pubblica, i punti nei quali emergono le maggiori criticità sono, da un lato, quello dell'evanescenza dei presupposti applicativi e della relativa procedura di autorizzazione nonché, dall'altro, quello della previsione dell'inutilizzabilità quale presidio dei confini tra attività di prevenzione e di repressione.

Rispetto al primo tema, partendo dal presupposto che il terreno elettivo del contrasto al terrorismo è necessariamente quello della prevenzione e che, quindi, non si possa, ad oggi, fare a meno di tali strumenti, è necessario nondimeno rilevare come, anche nel settore preventivo, debba essere rispettato l'insieme delle libertà della persona che contraddistingue gli ordinamenti democratici²⁰. Quali parametri di riferimento normativo della disciplina è, quindi, necessario avere riguardo, anzitutto, all'art. 15 Cost. che legittima le sole limitazioni al diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni derivanti da "atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge" nonché all'art. 8 CEDU che ammette eventuali ingerenze nel diritto al rispetto della vita privata e familiare che siano previste dalla legge e che costituiscano una misura "necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

La compatibilità astratta dell'istituto delle intercettazioni *ante delictum* con il dettato dell'art. 15 Cost. è stata affermata dalla Corte costituzionale sotto la vigenza del codice previgente là dove ha riconosciuto che «nel precetto costituzionale trovano [...] protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale [...] Nel compiere la valutazione [inerente all'autorizzazione] il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali»²¹.

Inoltre, le critiche successivamente elaborate in merito alla violazione della riserva di giurisdizione determinata dall'attribuzione del potere di autorizzazione non ad un organo terzo ed imparziale come può essere un giudice bensì al pubblico ministero, potenzialmente abilitato a

¹⁹ BERRUTTI, *Una nuova formulazione delle intercettazioni preventive al servizio della lotta contro il terrorismo*, in *Commento al d.l. 7/2015, art. 2*, http://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/01/studi_legge4315_art.2-co.-1-quater-berruti.pdf. L'Autrice mette in evidenza come la suddetta limitazione "potrebbe diventare l'ancora di salvezza da un eventuale giudizio di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 15 Cost., 117 Cost e 8 CEDU".

²⁰ PAULESU, *op. cit.*, p. 631.

²¹ Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34.

svolgere indagini sulla base delle informazioni così raccolte²², sebbene non prive di pregio, trovano ad ostacolo l'orientamento della Corte costituzionale che ha da sempre riferito la dizione "autorità giudiziaria" indistintamente al pubblico ministero e all'autorità giurisdizionale²³. Allo stesso modo la Corte costituzionale ha ritenuto di disattendere la censura relativa alla disparità di trattamento determinata dalla possibilità, per il procuratore che dispone l'attività di captazione, di autorizzare l'utilizzo di strutture esterne a quelle della procura anche in assenza delle esigenze di particolare urgenza richieste a tal fine per le intercettazioni aventi finalità probatoria. In quella occasione la Consulta ha, infatti, chiarito che sebbene sia «indubitabilmente vero che l'esigenza di tutela del valore fondamentale della segretezza delle comunicazioni è comune ad entrambe le forme di intercettazione [...] ciò non significa che le norme impugnate possano ritenersi lesive del principio di uguaglianza, per "eccesso di garanzie", sulla base del raffronto con la disciplina dettata per un istituto strutturalmente eterogeneo – in quanto collocato al di fuori del processo – e nel suo insieme meno "garantito" quale, appunto, quello delle intercettazioni preventive»²⁴.

Occorre, piuttosto, muoversi sul terreno della valutazione dei presupposti che legittimano l'attività di captazione.

L'art. 226 disp. coord. c.p.p. si riferisce ai casi in cui le intercettazioni siano ritenute necessarie per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di determinati reati nonché sussistano elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione. A ben vedere la norma, non indicando in alcun modo quale debba essere il grado di consistenza della prognosi derivante dagli elementi raccolti per ritenere sussistente un'esigenza di prevenzione²⁵, si pone in potenziale contrasto con l'art. 15, comma 2, Cost. Una tale indeterminazione, infatti, oltre a vanificare il ruolo di autorizzazione e controllo dell'autorità giudiziaria, preclude la possibilità di verificare il rispetto del principio di proporzionalità di tali misure nonché di individuare il legame tra gravità del fatto temuto e importanza del bene giuridico sottoposto a compressione; legame che dovrebbe essere presidiato, a monte, dal principio di legalità.

A proposito del bilanciamento degli interessi sottesi alla norma costituzionale in esame, merita di essere segnalata la recente decisione della Corte costituzionale tedesca che, pur avendo affermato l'astratta compatibilità con i diritti fondamentali dei mezzi di sorveglianza occulta affidati alla polizia giudiziaria per combattere le minacce terroristiche, ha parallelamente ravvisato, in concreto, una violazione del principio di proporzionalità²⁶. In particolare, la Corte tedesca ha chiarito che spetta al legislatore risolvere il conflitto tra esigenze di sicurezza collettiva e la libertà dei singoli e che l'utilizzo di determinati poteri investigativi debba essere limitato ai casi in cui sia prevedibile l'esistenza di un pericolo sufficientemente specifico per gli interessi collettivi oggetto di bilanciamento. Più nel dettaglio, l'uso di mezzi di sorveglianza in luoghi diversi dal domicilio, come l'osservazione e la registrazione audio-video al fine di prevenzione dei reati, deve essere limitata ai casi in cui sia prevedibile uno specifico fatto-reato, ovvero che il comportamento di una persona dimostri la probabilità specifica che egli possa commettere reati terroristici.

Nel caso, poi, si tratti di sorveglianza di luoghi di privata dimora, è necessario limitare la misura al solo *target*, ovvero al soggetto dal quale si assume che derivi la minaccia per la

²² Cfr. GARUTI, *Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 12, "giustificate appaiono poi le perplessità che emergono dalla legittimazione del pubblico ministero, piuttosto che del giudice, alla concessione dell'autorizzazione a limitare una libertà inviolabile come quella tutelata dall'art. 15 Cost. E' d'altronde ragionevole – anche se non assolutamente pacifico – ritenere che l'art. 15 comma 2 Cost., laddove afferma che la limitazione delle forme di comunicazione possa avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria, debba essere inteso nel senso che il giudice, e non il rappresentante dell'accusa, possa legittimare delle limitazioni in questo contesto. E' solo ragionando in tal modo che si verrebbe ad offrire ad un organo in posizione imparziale il compito di comporre il conflitto tra le ragioni dell'autorità e quelle della libertà"; nello stesso senso DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1197, secondo cui "non si può fare a meno di rilevare, tuttavia, che sia le intercettazioni preventive per così dire ordinarie [...] sia quelle introdotte quale strumento di contrasto al terrorismo internazionale nella disponibilità dei Servizi di sicurezza, evidenziano una vistosa distonia con la riserva di giurisdizione, poiché affidano il potere di autorizzare la captazione al p.m. e non al giudice"; v. anche RAFARACI, *op. cit.*, p. 269.

²³ Cfr. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, p. 11, il quale, nell'analizzare la disciplina delle intercettazioni quali mezzo di ricerca della prova, afferma che il nostro codice, nel richiedere l'autorizzazione del giudice "ha avanzato la tutela predisposta dalla Carta Costituzionale, che generalmente richiama l'autorità giudiziaria".

²⁴ Corte cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 443.

²⁵ La dottrina ha affermato che il requisito della "sussistenza di elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione" "si colloca ad un livello più elevato del semplice sospetto ma più basso dell'indizio inteso in senso autonomo" in modo tale da evitare commistioni con la prospettiva endoprocedimentale. Cfr. GARUTI, *op. cit.*, p. 1459.

²⁶ Si tratta della decisione del *Bunderversfassungsgericht*, I senato, del 20/04/2016. Cfr. VENEGONI-GIORDANO, *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016.

sicurezza pubblica, oltre che affidare ad un organismo indipendente un'attività di controllo preventivo volta ad impedire che informazioni strettamente attinenti alla sfera privata siano gestite dagli organi di polizia²⁷.

L'intervento della Corte tedesca è sicuramente un segnale positivo che evidenzia la necessità, nel panorama europeo, di irrobustire la consistenza dei presupposti che legittimano l'intervento preventivo nella sfera dei singoli e di definire con chiarezza i limiti della compressione dei diritti fondamentali, anche nei momenti di emergenza per la sicurezza.

Rispetto al secondo tema evidenziato, si sottolinea l'esigenza di delimitare i confini tra attività di prevenzione e repressione, al fine di contenere il pericolo di manipolazione di tali strumenti da parte degli organi inquirenti che – come detto – oltre ad essere titolari del potere di autorizzazione, ricevono il verbale delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati per verificare la conformità delle attività compiute all'autorizzazione data e disporre la conseguente immediata distruzione.

A tal proposito, si è già detto che il comma quinto dell'art. 226 disp. coord. c.p.p. stabilisce che gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non potranno essere utilizzati nel procedimento penale, "fatti salvi i fini investigativi". Tale regola di esclusione probatoria è, poi, rafforzata dal divieto di menzione, a mente del quale "in ogni caso le attività di intercettazione preventiva [...] e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate".

Proprio la clausola "fatti salvi i fini investigativi" ha dato luogo a differenti interpretazioni, soprattutto in ordine alla possibilità di riferire la finalità investigativa non solo all'attività di prevenzione bensì anche a quella propria delle successive indagini preliminari.

La dottrina ha da sempre inteso la suddetta clausola come finalizzata esclusivamente ad assicurare la possibilità di compiere ulteriori indagini di natura preventiva, negando, perciò, la possibilità di accordare "qualsiasi valenza probatoria – anche soltanto nelle indagini preliminari – degli elementi acquisiti attraverso l'attività preventiva"²⁸.

In quest'ottica di estremo rigore in favore dell'assoluta impermeabilità del procedimento penale rispetto all'attività di *intelligence*, si è escluso che gli elementi tratti dalle intercettazioni preventive possano autonomamente costituire gli estremi di una *notitia criminis*, dovendo piuttosto il loro ruolo essere limitato a quello di "stimolo per l'attività di ricerca della notizia di reato propria del pubblico ministero e della polizia giudiziaria"²⁹.

La giurisprudenza, invece, almeno fino all'intervento del legislatore del 2001, aveva consentito l'utilizzo delle intercettazioni preventive quali notizie di reato, affermando che «il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni preventive concerne la prova del reato, questa esposta alla pubblicità del giudizio, non la sua mera funzione di fonte della relativa notizia, rispetto alla quale, una volta ottenuta, il p.m. deve ricercare gli elementi necessari per la sua determinazione all'esercizio dell'azione penale, e perciò ricorrere a fonte diversa. La necessità di ricerca di tale diversa fonte, ancorché omologa, per sé garantisce il rispetto dell'art. 15 Costituzione, in questo secondo momento, disciplinato esclusivamente dal codice di rito»³⁰.

Anche in epoca più recente, pur in assenza di pronunce sul tema, è possibile registrare, più in generale, un parziale superamento del problema in parola, attesa la riconosciuta possibilità di qualificare come notizie di reato anche informazioni viziata da inutilizzabilità, perché, ad esempio, ottenute dalle dichiarazioni di persona sottoposta alle indagini in assenza dell'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p.³¹, ovvero attraverso le intercettazioni disposte a fini di controllo di soggetti sottoposti a misure di prevenzione antimafia *ex* art. 78 del Codice Antimafia³².

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ RAFARACI, *op. cit.*, p. 271.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cass., sez. V, 27 settembre 2000, n. 11500, Buccarella. Tale orientamento era già stato espresso da Cass., sez. V, 18 agosto 1998, Nigro.

³¹ Cass., sez. V, 30 settembre 2016, n. 45016.

³² Cass., sez. II, 19 gennaio 2016, n. 4777.

4. Conclusioni e prospettive.

Alla luce dell'attuale assetto normativo, il cui perimetro applicativo non può che essere vagliato attraverso l'angolo visuale delle garanzie individuali in gioco, sembra che il punto debole più significativo della disciplina in commento risieda nell'attribuzione del potere di autorizzazione delle captazioni preventive agli uffici della procura della Repubblica.

Questo non perché si ritiene di dover sostenere la necessità di un intervento dell'organo giurisdizionale: al contrario, tale autorità, deputata ad occuparsi della ricostruzione *ex post* di un fatto e non, invece, a compiere valutazioni prettamente prognostiche, risulta sostanzialmente estranea al terreno delle logiche proprie dell'attività di prevenzione. Per questa ragione, l'attribuzione, in capo alla stessa, di un potere valutativo come quello previsto per le finalità antiterrorismo sopra esaminate potrebbe, infatti, "sortire un effetto antigarantista e risolvere il controllo in nulla osta assolutamente formale e generalizzato"³³.

Viceversa, proprio nella logica di mantenere una funzione di garanzia in capo alla figura che dispone dello strumento in esame, parrebbe ragionevole sostenere l'utilità di una centralizzazione delle funzioni di autorizzazione e controllo previste, eventualmente attraverso l'intervento di un organo le cui competenze siano già incardinate, per funzione e per scopo, nella fase pre-procedimentale.

Il riferimento è, nel dettaglio, alla possibilità di attribuire al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo il potere di autorizzare le intercettazioni preventive.

Tale prospettiva non intende proporsi alla stregua di un *escamotage* potenzialmente lesivo dell'assoluta indipendenza che deve caratterizzare gli statuti applicativi della *notitia criminis* e quello delle informazioni acquisite con finalità di *intelligence*, bensì, per converso, nell'ottica di una coerenza sistematica rispetto al disposto dell'art. 226 disp. att. c.p.p., atteso che, come è stato osservato, "le intercettazioni preventive cadono fuori dal procedimento [...] e la Procura nazionale antimafia è un organo giudiziario che svolge la sua azione per l'appunto prima del procedimento, con il compito istituzionale di raccogliere e coordinare gli elementi per stimolare l'azione penale"³⁴ nonché, nell'ottica dell'art. 371-*bis*, comma 1, c.p.p. di "dispensare informazioni tratte dai procedimenti di prevenzione"³⁵. Ciò potrebbe consentire, invero, di superare le problematiche dettate dalle potenziali difficoltà di individuare l'organo giudiziario territorialmente competente ad autorizzare l'attività di captazione, assicurando, al contempo, una visione unitaria che appare imprescindibile per combattere fenomeni criminosi spesso altamente complessi e articolati. Inoltre, l'attribuzione ad un singolo organo potrebbe garantire – dinnanzi a criteri legislativi così poco definiti – una maggiore uniformità di trattamento dei destinatari dell'attività di intercettazione, evitando la proliferazione di molteplici criteri valutativi sulla necessità dell'intervento preventivo.

³³ DE LEO, *op. cit.*, p. 1864.

³⁴ DE LEO, *op. cit.*, p. 1863.

³⁵ ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva*, Giuffrè, 2016, pp. 5 - 26 (Atti del Convegno "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso" organizzato dalla Associazione fra gli studiosi del processo penale, Cagliari, 29/31 ottobre 2015).

La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo

L'utilizzo dei virus trojans nelle operazioni di intercettazioni tra presenti, a seguito della sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (n. 26889/2016), riaccende il dibattito circa la necessità di un intervento del legislatore

Privacy Protection in the Era of New Technologies: the Case of I.T. Sensors for Telephone Wiretapping Operations Against Terrorism *As a Result of the Italian Court of Cassation Judgment (Joint Divisions, no. 26889/2016), the Use of IT Sensors in Wiretapping Operations Reignites the Debate Regarding the Necessity of Legislative Action*

CAROLINE PELOSO

Dottoranda di ricerca in Procedura penale in cotutela presso l'Università di Torino e l'Institut de sciences criminelles et de la justice dell'Università di Bordeaux

CAPTATORI INFORMATICI, INTERCETTAZIONI TRA PRESENTI,
INVIOLABILITÀ DELLA SFERA DI RISERVATEZZA DEL SINGOLO

IT SENSORS, WIRETAPPING OPERATIONS,
INDIVIDUALS' RIGHT TO PRIVACY

ABSTRACT

Gli atti di terrorismo trovano una fonte importante in un'intricata e capillare rete di informazioni diffusa tramite i sistemi informatici: il controllo e la gestione di tali flussi di comunicazioni costituisce pertanto un presupposto essenziale nella lotta al fenomeno terrorista, sia sul terreno delle indagini che all'interno del processo penale. In tale contesto, si assiste al ricorso a strumenti investigativi, come il captatore informatico, che rischiano di mettere a dura prova il diritto alla riservatezza del singolo, a causa della loro forte potenza invasiva. Buona parte dei Paesi europei si sono pertanto trovati a confrontarsi con la sfida che vede contrapposte l'efficacia di certe tecnologie e la tradizionale salvaguardia delle libertà fondamentali, patrimonio insuperabile della cultura giuridica occidentale. L'Italia non è esente da tale sfida. In questo breve contributo si cercherà di riscoprire, soprattutto alla luce di una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la situazione nazionale, avendo riguardo anche alle soluzioni adottate in alcuni altri Paesi dell'Unione europea.

Acts of terrorism use the intricate and widespread network of information communicated through computer systems as an important source: the control and management of this flow of communication is, therefore, an essential prerequisite in the fight against the terroristic phenomenon and in the field of investigations within the criminal law process. In this context, we see the use of investigative tools such as IT sensors risk placing a considerable strain on an individual's right to privacy, due to their markedly invasive power. Most European countries have, therefore, found themselves coping with the challenge of balancing between the effectiveness of certain technologies and the traditional protection of fundamental freedoms; an unequalled heritage of Western legal culture. Italy is not exempt from this challenge. In this brief article, I seek to re-evaluate, especially in light of a recent judgment from the Joint Divisions of the Court of Cassation, the national situation while also taking into consideration the solutions adopted in other European Union countries.

SOMMARIO

1. La nozione di captatore informatico e le sue implicazioni tecnico-giuridiche. – 2. Il tema dei captatori informatici nella prassi italiana. – 3. L'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso c.d. *Scurato*. – 4. L'impiego di una definizione estesa di criminalità organizzata. – 5. I tentativi legislativi di disciplinare il captatore informatico. – 6. Uno sguardo alla disciplina dei captatori informatici nell'esperienza europea. – 7. Considerazioni conclusive.

1. La nozione di captatore informatico e le sue implicazioni tecnico-giuridiche.

La problematica questione dell'uso occulto dei captatori informatici - anche detti *trojan* o *spyware* - per eseguire operazioni di intercettazione su supporti informatici altrui, è questione quanto mai attuale¹. Il ricorso a tali strumenti informatici, dal carattere di spiccata invadenza, pone infatti un serio e preoccupante² interrogativo circa la legittimità del loro utilizzo rispetto alla sfera di riservatezza del singolo: quest'ultima, infatti, considerata espressione diretta di un nucleo di diritti fondamentali tutelati a livello costituzionale da una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, e a livello sovranazionale, rischia di subire un'importante compressione a seguito dell'impiego dei *trojans* per intercettazioni di comunicazioni tra presenti in assenza di un quadro normativo di riferimento³. Si tratta di un problema che - sebbene risalente - rischia di aggravarsi ulteriormente nel generale clima di insicurezza determinato da fatti di terrorismo, e che non pare certo contrastato dall'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza - come, ad esempio nella recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 26889/2016⁴ - che, anzi, sembra voler piuttosto ricercare una soluzione rapida, volta a garantire un senso di sicurezza contro crimini odiosi come quelli di matrice terroristica, dimenticando talvolta il necessario bilanciamento con le garanzie costituzionali assicurate all'indagato il quale, per primo, è chiamato a pagarne le conseguenze.

In particolare, l'uso del virus informatico per compiere operazioni di intercettazione nell'ambito della criminalità organizzata, anche di stampo terroristico, costituisce - secondo una definizione pienamente calzante offerta dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione [nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite](#) - uno strumento di "formidabile invadenza" che conduce gli operatori del diritto ad interrogarsi sulla natura delle intercettazioni operate tramite captatore informatico, nonché sull'esigenza di un intervento legislativo che regoli modalità, limiti e garanzie con cui tali operazioni possano trovare la loro collocazione nel nostro ordinamento, in uno sforzo di bilanciamento con i principi costituzionali e sovranazionali⁵.

Il captatore informatico o *trojan horse* o *spyware* - come si voglia chiamarlo - è un programma che si installa in maniera occulta sugli apparecchi elettronici che si intendono moni-

¹ In materia: M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 9, 1163; S. DE FLAMMINI, *Le intercettazioni telematiche*, *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 8, 988; M.T. ABBAGNALE, *In tema di captatore informatico*, in *Arch. Pen.* n.2/2016; A. TESTAGUZZA, *Exitus acta probat "Trojan" di Stato: la composizione di un conflitto*, in *Arch. Pen.*, n.2/2016.

² Preoccupazione per il vuoto normativo è stata espressa recentemente proprio dai docenti di Diritto processuale penale dell'Università di Torino in un appello al legislatore, sottoscritto da altri numerosi docenti italiani della materia: [Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici \(c.d. trojan\): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016; stessa preoccupazione è stata manifestata dall'Unione delle Camere penali italiane in un [comunicato](#) relativo all'astensione nazionale dei penalisti il 24-26 maggio 2016.

³ Per un quadro dei profili costituzionali in materia di intercettazioni tra gli altri: cfr. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 2007; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996; e più in generale sulla portata degli artt. 14 e 15 della Carta Costituzionale si rimanda a P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011, 293: "il diritto alla riservatezza viene definito come il diritto a mantenere riservato, salva espressa dichiarazione di volontà in senso contrario, quegli aspetti della propria vita privata, che attengono a fatti personalissimi che proprio per questo il soggetto ha il diritto di sottrarre alla conoscibilità dei terzi".

⁴ Per un commento alla pronuncia delle Sezioni Unite: G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, commento a Cass. Pen. Sez. un. 28 aprile 2016 (dep. 1 luglio 2016), n. 26889, Pres. Canzio. Rel. Romis, Imp. Scusato, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016.

⁵ Più specificamente sul tema del Digital forensics, ovvero la scienza che si occupa dell'identificazione, conservazione, analisi e documentazione dei dati estrapolati da dispositivi informatici (computer, server, smartphone, network, cloud, social network) al fine di produrre elementi di prova in procedimenti civili e penali e i rapporti con i principi dell'ordinamento: A. TESTAGUZZA, *Digital forensics, informatica giuridica e processo penale*, Cedam, 2015; F. RUGGIERI, *Profili processuali nelle investigazioni informatiche*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, (a cura di) L. PICOTTI, Cedam, 2004, 153; P. FERRI, *Computer forensics in Dig. Disc. Pen.*, 2015, 95; s. ATERNO, *Digital forensics*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2015, 217.

torare (*personal computers, tablets, smartphones*) grazie a una cosiddetta “inoculazione” operata fisicamente, se il dispositivo è lasciato incustodito, o da remoto (tramite l’invio di allegati a messaggi di posta elettronica, aggiornamenti di applicazioni, messaggistica ecc., da cui l’etimologia di *trojan*, che rimanda chiaramente al famoso inganno teso ai Troiani). La straordinaria forza invasiva del captatore pone molteplici problemi che solo in parte coincidono con l’istituto delle intercettazioni telefoniche o tra presenti *tout court*⁶ e con le intercettazioni di comunicazioni di cui agli artt. 266 c.p.p. e seguenti, unico istituto su cui le Sezioni Unite qui citate affrontano il problema dell’uso dei captatori informatici, le quali si concentrano in particolare sulla questione inerente il luogo in cui l’intercettazione con il captatore deve avvenire⁷.

Infatti, come ebbero modo di ricordare le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella decisione n. 36747 del 2003 c.d. *Torcasio*⁸, con la nozione di intercettazione di comunicazioni si intende “*qualsiasi captazione occulta e in tempo reale di una conversazione tra due persone – le quali intendono escluderne gli altri con modalità atte allo scopo – da parte di altri soggetti mediante strumenti tecnici invasivi ed insidiosi capaci di superare le cautele elementari che dovrebbero garantire libertà e sicurezza del colloquio*”. Tuttavia è evidente che quando ci si addentra nel tema dell’uso del captatore informatico si fa riferimento ad una molteplicità di operazioni intrusive differenti, attuate sul dispositivo controllato, come la cattura di quanto viene visualizzato sullo schermo o digitato sulla tastiera, la registrazione di suoni o immagini attraverso il microfono o la videocamera, il salvataggio e la copia dei file presenti sul dispositivo, che consentono di entrare nel pieno possesso del dispositivo elettronico e che non possono certo esser fatte rientrare nell’istituto di cui all’art. 266 c.p.p., ma che necessiterebbero un rinvio ad altri mezzi di ricerca della prova quali le perquisizioni, le ispezioni e il sequestro di sistemi o supporti informatici⁹.

Orbene, essendo il tema delle intercettazioni telefoniche e di comunicazioni strettamente legato ai principi di inviolabilità del domicilio, di cui all’art. 14 Cost., e di libertà e segretezza nelle comunicazioni, di cui all’art. 15 Cost., garantiti da una riserva di legge e di giurisdizione, ne deriva che un utilizzo dei captatori informatici che avvenga in assenza di un quadro normativo di riferimento – che indichi le ragioni giustificatrici del ricorso a strumenti di tale invasività e ne preveda modalità e limiti del loro utilizzo – rischia di porsi in aperta violazione con i citati principi, diretti a garantire l’immunità dello spazio privato del singolo contro ogni ingerenza dei poteri pubblici¹⁰. Non solo. La intensa capacità intrusiva dei nuovi mezzi investigativi, a fronte del diritto alla riservatezza del singolo, impone l’allargamento del quadro di tutela agli artt. 2 e 3 Cost. e all’inviolabilità della libertà personale di cui all’art. 13 Cost.¹¹,

⁶ Sul concetto di intercettazione come operazione occulta di presa di conoscenza del contenuto di una conversazione tra presenti o di una comunicazione tra assenti, anche informatica o telematica, di carattere riservato, effettuata a scopo investigativo dagli organi inquirenti sotto il controllo giurisdizionale preventivo o successivo, ed eseguita mediante strumenti tecnici idonei alla captazione e alla registrazione in tempo reale del dato comunicativo: cfr. C. MARINELLI, op. cit., p. 6; P.F. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Pen.*, VII, 1993, p. 178; L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 2001 p. 565; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983.

⁷ La Corte infatti nella sentenza Cass. 26889/2016, Scurato, (p. 11) delimita l’ambito del suo intervento, così come delineato dall’ordinanza di rimessione, alle sole intercettazioni “ambientali” e pertanto si riferisce agli istituti disciplinati agli artt. 266 ss. del Codice di procedura penale.

⁸ Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, dep. 24 settembre 2003, n. 36747, Pres. Marvulli, Rel. Milo, Imp. Torcasio, in *Cass. Pen.* 2004, p. 2094.

⁹ La legge del 18 marzo 2008 n. 48 di Ratifica della convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica (Budapest, 23 novembre 2001) ha ricondotto ai mezzi tipici di ricerca della prova le perquisizioni, le ispezioni e i sequestri di supporti informatici.

¹⁰ F. CAPRIOLI, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti: atti del Convegno*, Milano, 5-7 ottobre 2007, Giuffrè, Milano, 2009, 137: *il paradigma di intercettazione legittima/illegittima si riferisce alla loro conformità o difformità rispetto al modello normativo risultante dalla normativa processuale e alla conseguente utilizzabilità/inutilizzabilità probatoria dei risultati [...] l’espressione liceità/illiceità si riferisce alla conformità alla fattispecie di natura sostanziale il cui perfezionarsi determina conseguenze sanzionatorie per l’agente [...] intercettazione illegale comprende le intercettazioni illegittime e illecite ed indica la loro contrarietà alla legge, processuale o sostanziale*; G. SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. Processo*, 2016, 7, 921.

¹¹ A. GAITO – S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni “ambulant”*: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività, in *Arch. Pen.*, 2/2012, 11 ricordano come la Corte Costituzionale con decisione n.38/1973 abbia ricondotto il diritto alla riservatezza tra i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti; d’altronde anche P. CARETTI, op. cit. p. 292 ricorda come il diritto alla riservatezza, non menzionato espressamente dal testo costituzionale, non è limitato alla sola tutela del domicilio e della corrispondenza, ma rappresenta un caso di interpretazione estensiva, grazie all’intervento dei giudici comuni (in particolare della Corte di cassazione) e della Corte Costituzionale, che hanno colto nell’art. 2 – inteso come clausola aperta – e nell’art. 3 – che allude alla tutela della dignità sociale – i punti a cui ancorare il diritto alla riservatezza. Tale legame è effettuato anche con riferimento all’art. 13 Cost. laddove la libertà personale è intesa come “libertà-situazione” ovvero situazione legata alla posizione della persona rispetto ai poteri dei pubblici poteri e dei privati.

oltre che ai principi sovranazionali, tra cui assume particolare importanza l'art. 8 Cedu¹², che riconosce ad ogni persona il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del domicilio, e della corrispondenza.

E' innegabile che, nei reati di terrorismo, l'acquisizione delle informazioni mediante intercettazione, anche informatica, appare fondamentale: è proprio infatti attraverso il ricorso a comunicazioni e dati (scambio di foto, video, messaggi vocali etc..), tramite dispositivi elettronici che si attua il reclutamento, la diffusione di messaggi e l'indicazione delle modalità operative della rete e dell'azione terroristica; il carattere occulto e clandestino che connota l'intercettazione è infatti elemento essenziale per poter scoprire ed acquisire elementi che, nel quadro delle indagini, consentano di prevenire, anticipandoli, eventuali gravi atti di violenza contro le persone e contro la sicurezza pubblica¹³ e, per altro verso, costituiscano, ai fini processuali, elementi di prova. Si tratta quindi di un'arma a doppio taglio: gli strumenti *de quibus* sono, senza ombra di dubbio, non solo utili, ma necessari, nel contesto attuale in cui le organizzazioni criminali terroristiche presentano una capacità tecnologica anch'essa molto elevata e sofisticata per sfuggire alle indagini di polizia, ma allo stesso tempo non possono essere autorizzati se non all'interno di un preciso quadro legislativo di riferimento – al momento non esistente, pena il rischio di sacrificare in nome del bisogno di sicurezza, valori imprescindibili di libertà dell'individuo profondamente radicati nella nostra storia nazionale e nel patrimonio comune europeo.

2. Il tema dei captatori informatici nella prassi italiana.

Occorre fare un breve *excursus* della comparsa e dello sviluppo del captatore informatico nella prassi italiana. Una delle prime pronunce in cui la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il tema è stata la sentenza n. 16556 del 14 ottobre 2009¹⁴, in cui si dibatteva circa l'utilizzo da parte della polizia di un captatore informatico per acquisire e copiare *files* contenuti all'interno di un *personal computer* in uso agli indagati; tale operazione era stata autorizzata dal P.M. tramite decreto di acquisizione di atti *ex art.* 234 c.p.p. che i giudici avevano ritenuta legittima, qualificandola come acquisizione di dati e non come "flusso di comunicazioni", riconducendo i dati ottenuti alla categoria delle "prove atipiche" di cui all'art. 189 c.p.p. ed escludendo l'applicabilità degli artt. 266 e ss. c.p.p.¹⁵. Successivamente, intervenne in materia di captatori la decisione della Corte di Cassazione n. 254865/2010¹⁶ relativa a una ipotesi di associazione di stampo massonico P4, in cui il Gip, richiesto di autorizzare delle operazioni con captatori informatici, aveva ritenuto sufficiente l'acquisizione dei dati tramite il ricorso al provvedimento di cui all'art. 234 c.p.p. - non qualificando (come già accaduto nel caso precedente) questa attività come intercettazione - senza necessità di autorizzazione; anche in tal caso i giudici del Supremo Collegio ritennero tale qualificazione corretta, decisione che fece preconizzare il rischio di un'insidiosa violazione dei diritti fondamentali sottesa alla qualificazione di tali mezzi di prova, particolarmente invadenti come i *trojans*, nella categoria delle prove atipiche, sottraendoli alla più rigorosa disciplina delle intercettazioni predisposta dagli

¹² L'art 8 CEDU riconosce ad ogni persona il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, in tal senso si devono escludere tutte le interferenze nella sfera privata dell'autorità pubblica salvo che esse siano previste da una legge, siano necessarie in una società democratica e siano necessarie per la sicurezza nazionale. Sull'art. 8 CEDU, tra gli altri: D. DONATI, *Il diritto alla riservatezza e il diritto alle libertà di espressione. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *L'integrazione attraverso i diritti*, L'Europa dopo Lisbona, *Atti del I Workshop in Diritto dell'Unione europea e internazionale*, Venezia Palazzo Ducale, 26-27 marzo 2010, (a cura di) E. FALLETTI, V. PICCONE, Aracne, Roma, 2010, 453; C. MARINELLI, *op.cit.*, p. 63; L. FILIPPI, *op. cit.*, 43.

¹³ Sulla natura clandestina e occulta che deve avere l'intercettazione: G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, *op. cit.*, pag. 34: "poiché oggetto dell'intercettazione sono le comunicazioni o conversazioni riservate, è necessario che l'operazione avvenga all'insaputa degli interessati. In caso contrario verrebbe meno la principale utilità dello strumento, basata appunto sulla possibilità di scoprire elementi di prova che verosimilmente gli interlocutori non apporterebbero al processo di propria volontà".

¹⁴ Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, *Virruso* in *Mass. Uff.* n. 246955; La Corte concludeva così: "è legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel personal computer in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico qualora il provvedimento abbia riguardato l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del personal computer o che in futuro sarebbero stati memorizzati".

¹⁵ La Corte di Cassazione escludeva anche qualsiasi violazione dell'art. 14 della Costituzione perché l'apparecchio monitorato si trovava nei locali di un ufficio pubblico comunale e non nel domicilio o in luogo di privata dimora, né tali documenti potevano rientrare nel concetto di corrispondenza o di altre forme di comunicazione di cui all'art. 15 Costituzione posto che si trattava di testo da stampare su supporto cartaceo e da consegnare al suo destinatario".

¹⁶ Cass. Sez. VI, 27 novembre 2012, *Bisignani*, in *Mass. Uff.* n. 254865.

artt. 266 e seguenti del Codice di procedura penale.

Nel 2015, invece, con la sentenza n. 27100/2015¹⁷, i giudici cambiarono decisamente rotta. Il caso aveva ad oggetto il ricorso per cassazione contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Catania che confermava una misura cautelare proprio sulla base di intercettazioni effettuate tramite un virus informatico: in particolare, la difesa lamentava una violazione degli artt. 14 e 15 Cost. e dell'art. 8 Cedu, affermando come le intercettazioni non fossero state oggetto di alcuna restrizione temporale o spaziale. La Corte qualificava, questa volta, i dati acquisiti come rientranti nel novero delle intercettazioni ambientali – e come tali sottoposte alla disciplina di cui all'art. 266, 2° comma c.p.p. – dichiarandone la radicale inutilizzabilità, dal momento che le intercettazioni, come chiariva la sentenza, devono avvenire in luoghi identificati sin dall'inizio nel decreto del G.i.p, non potendo essere considerata in alcun modo legittima un'intercettazione effettuata in un qualsiasi luogo in cui il soggetto porti con sé l'apparecchio elettronico¹⁸. Nella citata decisione, infatti i giudici della Sesta Sezione sostenevano che una lettura compatibile con l'art. 15 della Costituzione del 2° comma dell'art. 266 c.p.p richiedesse la previa individuazione *ab origine* del luogo in cui la captazione debba avvenire: infatti la precisazione del luogo non era considerata una semplice modalità operativa dell'intercettazione, ma una peculiare tecnica di captazione e, come tale, dunque, costituiva una condizione fondamentale della legittimità delle operazioni intercettive stesse. A conferma di tale interpretazione i giudici richiamavano, infatti, i precedenti giurisprudenziali che ammettevano la variazione del luogo di captazione solo quando “*rientrante nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata*”¹⁹, così negando un'operatività ad ampio raggio dell'intercettazione tra presenti.

Un caso analogo a quello oggetto della decisione n. 2700/2015 era all'origine della Sentenza delle Sezioni Unite n. 26889/2016 : il difensore dell'imputato, infatti, aveva promosso un ricorso in cassazione contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Palermo che in data 8 gennaio 2016, ritenendo sussistenti i gravi indizi di colpevolezza sulla base di indizi emersi durante le operazioni di intercettazioni ambientali e delle dichiarazioni di due collaboratori di giustizia, applicava la misura della custodia cautelare in carcere. Le doglianze della difesa avevano ad oggetto la violazione dell'art. 14 Cost. nonché degli artt. 15 Cost. e 8 della Convenzione europea, in quanto l'autorizzazione ad effettuare le intercettazioni indicava come luogo di captazione “*quello ove fosse ubicato in quel momento l'apparecchio portatile*”. Il difensore si richiamava dunque alla precedente ‘giurisprudenza *Musumeci*’ – che aveva fatto del “luogo” di captazione un criterio fondamentale di legittimità delle operazioni intercettive – chiedendo che fosse accertata l'illegittimità e l'inutilizzabilità delle conversazioni captate in luoghi non previamente identificati.

La Sesta Sezione della Corte di Cassazione, tuttavia, si mostrava critica verso le conclusioni della richiamata decisione soprattutto nella parte in cui – non tenendo per nulla in conto la specificità dell'intercettazione tra presenti rispetto alle captazioni telefoniche – poneva come criterio fondante la legittimità dell'intercettazione mediante captatore informatico la previa identificazione del luogo²⁰ ; inoltre si sottolineava come, allora, i giudici avessero ommesso di prendere in considerazione la disciplina derogatoria di cui all'art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 (convertito con modificazioni dalla legge 203/1991), prevista per i reati di criminalità organizzata e terrorista, rispetto a cui l'indicazione locale è del tutto irrilevante, posto che i luoghi di privata dimora non sono, nell'ambito di quei procedimenti, soggetti ad alcuna disciplina particolare rispetto agli altri luoghi. Pertanto, alla luce di tali considerazioni, la Sesta Sezione rimetteva la questione alle Sezioni Unite, con ordinanza del 10 marzo 2016, formulando il seguente quesito : “*se anche nei luoghi di privata dimora ex. art. 614 c.p. non singolarmente in-*

¹⁷ Cass. Sez. VI, 26 maggio 2015, *Musumeci*, in *Guida dir.*, n. 41, 2015, 83.

¹⁸ Punto 2 dei motivi della decisione: “[...] *intercettazione telematica, tramite agente intrusore (virus informatico), che consenta l'apprensione delle conversazioni tra presenti mediante l'attivazione, attraverso il virus informatico, del microfono di un apparecchio telefonico smartphone, non è giuridicamente ammissibile. Nel caso di specie, la tecnica utilizzata consente, attraverso l'attivazione del microfono del telefono cellulare, la captazione di comunicazioni in qualsiasi luogo si rechi il soggetto, portando con sé l'apparecchio: ciò che, come poc'anzi evidenziato, non è giuridicamente ammissibile. Non si tratta pertanto, come erroneamente ritenuto dal Tribunale, di una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, costituito dalle intercettazioni. Si tratta invece di una tecnica di captazione che presenta delle specifiche peculiarità e che aggiunge un quid pluris, rispetto alle ordinarie potenzialità dell'intercettazione, costituito, per l'appunto, dalla possibilità di captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, ma – ciò che costituisce il fulcro problematico della questione – senza limitazione di luogo. Ciò è inibito, prima ancora che dalla normativa codicistica, dal precetto costituzionale di cui all'art. 15 Cost...[.]*”.

¹⁹ In tal senso Cass. Sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 15396 ; Cass. Sez. II, 15 dicembre 2010, n.4178.

²⁰ la Sezione rimettente sottolineava come “*la pretesa di indicare con precisione e anticipatamente i luoghi interessati dall'attività di captazione fosse incompatibile con questo tipo di intercettazioni che, per ragioni tecniche, in quanto collegata al dispositivo elettronico sia smartphone o tablet o pc portatile, prescinde dal riferimento al luogo*”.

dividuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili".

3.

L'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso c.d. *Scurato*.

La Corte, al fine di rispondere al quesito sottoposto, si basava su due argomentazioni assenti nella giurisprudenza del 2700/2015; *in primis* valutava la legittimità delle intercettazioni mediante captatore operando un distinguo, che la giurisprudenza *Musumeci* aveva tralasciato, tra i procedimenti per i reati soggetti alla disciplina ordinaria di cui agli artt. 266 ss c.p.p., e le indagini aventi ad oggetto criminalità organizzata anche terroristica, cui si applica la disciplina derogatoria dell'art. 13 d.l. 152 del 1991, la quale ammette che *"l'autorizzazione a disporre le operazioni di cui all'art. 266 c.p.p. è data, in deroga a quanto prevede l'art. 267, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento di indagini in relazione a delitti di criminalità organizzata in ordine al quale sussistono sufficienti indizi [...]"* Ed in particolare *"quando si tratta di intercettazioni di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento per delitti di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. – quindi privata dimora – l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa"*.

La Corte operava tale distinzione sotto il profilo di come la diversa disciplina applicabile incida sulla necessità di previa indicazione del luogo in cui l'intercettazione deve avvenire, seppur limitatamente ai luoghi di privata dimora. Inoltre, la Suprema Corte, sottolineava come la sentenza n. 2700/2015, oltre a presentare una lacuna importante nel mancato riferimento alla disciplina derogatoria, faceva riferimento alla nozione di intercettazione *ambientale*, che costituisce in realtà una nozione priva di riscontro normativo, sia nella disciplina ordinaria di cui all'art. 266, 2° comma c.p.p., sia in quella derogatoria di cui all'art. 13 d.l. 152/91. Infatti il termine *"ambientale"* costituisce piuttosto un'espressione diffusasi nella prassi per indicare che le *"cimici"* o *microspie* – all'epoca in cui i *trojan virus* erano ancora ben lungi dall'essere immaginati – sarebbero state installate in luoghi chiusi riconducibili a determinati ambienti; ciò significa che la distinzione operata dai giudici nella sentenza 2700/2015 basata sulla dicotomia tra *"intercettazioni tra presenti in ambienti predeterminati"* e *"intercettazioni tra presenti in ambienti non previamente determinati"* è priva di qualsiasi aggancio normativo dal momento che ne la legge ne la giurisprudenza richiedono la predeterminazione del luogo come condizione di legittimità della captazione²¹. L'unica differenza rilevante infatti è quella contenuta nel solo 2° comma dell'art. 266 c.p.p tra *"intercettazioni tra presenti che avvengano in luoghi diversi da quelli di cui all'art. 614 c.p.p. ovvero di privata dimora"* – rispetto a cui non è richiesta alcuna condizione particolare – e le *"intercettazioni tra presenti che avvengano in luoghi di privata dimora"*: in quest'ultimo caso, l'intercettazione potrà aver luogo solo quando vi è un fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo un'attività criminosa. E' dunque solo con riferimento a quest'ultima categoria che la legge e la giurisprudenza, dando rilievo alla natura itinerante del captatore, richiedono la previa individuazione del luogo allorquando si tratta di privata dimora.

Infatti l'intercettazione operata a mezzo virus informatico in luoghi di privata dimora nel caso di procedimenti per reati ordinari – in quanto tale sottoposta alla disciplina ordinaria del Codice di procedura penale – deve sempre essere considerata come illegittima, poiché il giudice non può prevedere i luoghi in cui tale apparecchio sarà spostato e introdotto, verificando all'uopo, come prevede la legge, che ivi vi sia in corso un'attività criminosa; e, in ogni caso, anche qualora tale previsione fosse possibile, essa comunque si sottrarrebbe a qualsiasi controllo al momento dell'autorizzazione sicché sarebbe comunque, per riprendere l'espressione

²¹ Orientamento supportato anche dalla giurisprudenza europea che, come sottolinea [la Memoria della procura generale presso la Corte di Cassazione per la Camera di consiglio delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016](#), in *Dir. pen. cont.*, che non annovera il luogo tra gli elementi necessari, prevedendo che il decreto autorizzativo deve menzionare: la tipologia delle comunicazioni oggetto dell'intercettazione, i reati che giustificano il ricorso a tale mezzo, l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni, le categorie di persone interessate, i limiti di durata, la procedura da usare e i casi di distruzione del materia; cfr. Corte Edu, [Vetter c. Francia](#), 31 maggio 2005; Corte Edu, [Kennedy c. Regno Unito](#), 18 maggio 2010.

dei giudici, “un’*autorizzazione disposta al buio*”. Ne deriva pertanto che, autorizzando l’uso dei captatori informatici nei procedimenti sottoposti a disciplina ordinaria, vi sarebbe il rischio di operare una pluralità di intercettazioni violando i limiti imposti dal codice di rito, dalle norme costituzionali e sovranazionali. Ne consegue che, nei procedimenti per reati ordinari, l’uso dei captatori non potrebbe mai essere considerato legittimo nell’ambito delle operazioni intercettive, alla luce dell’attuale testo dell’art. 266, 2° comma c.p.p.

Al contrario, per quanto riguarda i procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata e terrorismo, la differenza tra le due categorie viene definitivamente meno in virtù dell’indifferenza per il criterio dello svolgimento dell’attività criminosa.

La Corte dunque traeva una prima conseguenza ovvero: se la norma derogatoria consente l’intercettazione tra presenti, anche qualora non vi sia motivo di ritenere che nel luogo di privata dimora sia in corso un’attività criminosa, essa traduce un espresso bilanciamento operato dal legislatore, volto a rendere più facile l’operatività del mezzo investigativo, a fronte di reati di maggiore gravità e pericolosità. In secondo luogo, si deduce che, se nelle intercettazioni ambientali relative a procedimenti di criminalità organizzata la scelta del legislatore è quella di ritenere irrilevanti le caratteristiche del luogo in cui la captazione avviene, a maggior ragione lo stesso deve avvenire per quelle intercettazioni che si avvalgono di un mezzo, quale il *trojan*, che per sua natura, costituisce uno strumento captativo *itinerante*, rispetto al quale è del tutto impensabile individuare preventivamente i luoghi in cui la captazione sarà effettuata. Tuttavia, ciò non significa che il giudice non sia tenuto, anche nell’ipotesi derogatoria, a motivare in merito alla necessità di eseguire l’accertamento in determinati luoghi, posto che egli deve comunque argomentare il legame di utilità nel disporre l’intercettazione in un certo ambiente, non potendo certo ammettersi una intercettazione “*a tappeto*”.

Le Sezioni Unite dunque, con particolare disinvoltura, autorizzavano l’uso dei captatori informatici limitatamente ai procedimenti di criminalità organizzata e terrorismo, forse non cogliendo l’insita pericolosità di tali mezzi investigativi seppur nell’ambito di procedimenti per reati particolarmente gravi, così riconfermando la necessità di un intervento chiarificatore del legislatore in una materia così delicata.

La sentenza giunge ad operare un’equivalenza – contestabile – tra le operazioni di intercettazioni in procedimenti per criminalità organizzata e terrorismo effettuate con i mezzi tradizionali – quali microspie o cimici – con quelle operate attraverso il *trojan virus*, affermando che il legislatore, dettando la norma derogatrice, ossia l’art. 13 dl. 152/1991, ha inteso fornire una “*precisa e significativa indicazione [circa il bilanciamento degli interessi in gioco] – pur in un contesto temporale in cui la tecnologia non aveva ancora raggiunto l’attuale livello di efficacia e di capacità intrusiva*”²².

Ora, appare difficile pensare che una norma, senza dubbio espressione di un bilanciamento di valori, ma scritta più di due decenni fa, possa essere considerata ancora oggi lo specchio di un apprezzamento veramente attuale tra i rischi creati per la tutela della *privacy* dell’individuo da strumenti tecnologici (oggi di certo più avanzati rispetto alla fine degli anni ’80 del secolo scorso) e l’interesse al perseguimento di gravi crimini per la sicurezza comune; assimilare le due modalità intercettive – “tradizionale e tecnologica” – sembra tradire un palese sbilanciamento a scapito delle garanzie dell’individuo. Peraltro, tale capacità intrusiva deve intendersi non solo sotto il profilo dell’ampio campione di informazioni che può rastrellare – chiaramente incomparabile rispetto ad una microspia – ma deve essere valutato anche sotto il profilo della sua tecnicità, sicché esso si presenta come uno strumento che richiede una competenza da “*addetto ai lavori*” per coloro che sono chiamati a gestirne limiti e modalità operative.

Ora, sul problema inerente le particolarità tecniche del captatore, giova ricordare che le indicazioni di rango europeo contenute nella [Direttiva n.680/2016 in materia di dati personali](#) vanno nel senso di optare per la c.d. “*neutralità tecnica*”, secondo cui “*al fine di evitare che si corrano gravi rischi di elusione, la protezione delle persone fisiche dovrebbe essere neutrale sotto il profilo tecnologico e non dovrebbe dipendere dalle tecniche impiegate*”²³; pertanto il legislatore non dovrebbe soffermarsi sulla disciplina dei singoli strumenti informatici – sempre potenzialmente in evoluzione e dunque suscettibili di creare un vuoto di tutela in caso di mancato tempestivo

²² pag. 20 e seguenti: “*Proprio in forza ed all’esito dell’accurato temperamento di valori ed interessi, operato dal legislatore nell’introdurre il D.l. 152/1991 art. 13, l’eventualità di intercettazioni domiciliari, in conseguenza della mobilità del dispositivo sede del captatore, non può ritenersi in contrasto con la normativa vigente e nemmeno con i principi costituzionali posti a tutela della segretezza delle comunicazioni, del domicilio e della riservatezza, tenuto altresì conto di quanto già si è avuto modo di osservare in precedenza*”.

²³ Sul punto G. LASAGNI, op. cit. pag. 11 ss.

intervento legislativo – ma dovrebbe piuttosto identificare le garanzie fondamentali che devono sempre essere garantite all'indagato indifferentemente dallo strumento impiegato²⁴. A tali considerazioni, assolutamente corrette in un impianto garantista, si obietta peraltro che – se è vero che la neutralità tecnica permette di assicurare uno standard di garanzie minime agli indagati, qualunque sia il tipo di strumentazione tecnica in uso all'autorità giudiziaria – sarebbe comunque auspicabile che l'intervento del legislatore, quando mai ci sarà, si mostri particolarmente aggiornato a questi nuovi tipi di strumenti tecnici, in maniera da poter offrire lumi anche sugli aspetti più tecnici. Infatti, nell'ambito dei captatori informatici e, più in generale, delle nuove tecnologie, la tutela effettiva delle garanzie fondamentali sarà fortemente legata alla specificità tecnica del mezzo, sicché non sarà possibile prescindere da un intervento legislativo quanto più preciso. Ciò implica infatti che il legislatore dovrebbe integrare dei criteri di *digital forensic*²⁵ alla disciplina normativa e non limitarsi ad un generico tentativo di far rientrare il mezzo investigativo in categorie ormai obsolete²⁶.

4. L'impiego da parte dei giudici della Suprema Corte di una definizione estesa della nozione di *criminalità organizzata*.

Altro punto interessante da rilevare con riferimento alle decisioni delle Sezioni Unite riguarda la constatazione che, per applicare il principio fatto proprio dalla Cassazione, risulterà fondamentale che il fatto rientri nella nozione di criminalità organizzata, discendendo da tale qualificazione la legittimità o meno dell'uso dei captatori²⁷. Tuttavia, anche sotto il profilo del concetto di criminalità organizzata con finalità di terrorismo, non avendo il legislatore fornito una definizione precisa delle condotte che vi rientrano, bisogna rimettersi ad un generico rinvio all'art. 51 comma 3 bis e 3 quater c.p.p. “*nonché a tutti quei reati facenti comunque capo ad un'associazione a delinquere ex art. 416 c.p. aventi ad oggetto attività criminose eterogenee purché realizzate da una pluralità di soggetti, i quali abbiano costituito un apposito apparato organizzativo organizzativo*”. La legittimità o meno dell'uso dei captatori informatici sarebbe dunque rimessa all'esito della qualificazione del fatto effettuata dal pubblico ministero, ma sul contenuto della definizione stessa di criminalità organizzata il legislatore dovrebbe intervenire attraverso una disciplina più precisa, ad esempio immaginando che l'utilizzo del captatore informatico possa essere esteso a reati non propriamente associativi, ma comunque di rilevante gravità. Si pensi, ad esempio, al fenomeno dei c.d. “*lupi solitari*”, ossia persone che svolgono attività di auto-addestramento e incitamento al terrorismo, senza necessariamente appoggiarsi a una rete più vasta o tentando di entrarvi in contatto. *A contrario*, si potrebbe immaginare di escludere il loro utilizzo con riferimento a determinate fattispecie di minore gravità.

A sottolineare il vuoto normativo interno, si ricordi che la Corte di Strasburgo, per considerare rispettato l'art. 8 della Convenzione europea esige, in materia di intercettazioni, la sussistenza di tre parametri che giustificano l'ingerenza nella vita privata dei cittadini ovvero: l'esistenza di una base giuridica appropriata; la finalità legittima e la necessità in una società

²⁴ La neutralità tecnica appare peraltro in linea con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui le risultanze delle operazioni intercettive con captatore non potrebbero tacciarsi di incostituzionalità: si ricordi la sentenza della Corte Costituzionale n. 135 del 2002 nella quale si affermò come il riferimento dell'art. 14 Cost. alle *ispezioni, perquisizioni e sequestri* non fosse espressione di una volontà di tipizzare le limitazioni permesse, ma piuttosto di non poter prevedere tutte le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio, “*non potendo il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnologici*”;

²⁵ Ad esempio regole per garantire l'immodificabilità del dato acquisito, ad esempio prevedendo una sorta di verbale firmato digitalmente ad ogni modifica operata sui dati; regole per assicurare la conformità dei dati acquisiti con quelli originali, non essendo il dispositivo fisicamente disponibile ed essendo in continuo funzionamento. Anche in questo caso il legislatore dovrebbe prevedere un certificato di originalità accompagnato da un report certificato e non modificabile ad ogni pacchetto dati registrato; regole per garantire la corretta conservazione dei dati acquisiti tramite archiviazione su supporti non riscrivibili;

²⁶ Si ritiene che la base legale esistente in materia di intercettazioni di cui all'art. 266 ss. c.p.p. e della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 d.l. non possa essere considerata sufficiente per soddisfare la riserva di legge prevista dagli artt. 14 e 15 Cost. in virtù delle particolarità tecniche e della rilevante capacità intrusiva dei trojan virus, sicché ciò si tradurrebbe in una mancata attuazione di tali principi con riferimento all'uso dei trojan virus. contrariamente a quanto sostenuto da R. ORLANDI, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. Pen.* 25.07.2016; G. ILLUMINATI, *La disciplina*, op. cit. p. 41 osserva come appartiene alla normale evoluzione del diritto di far ricorso, davanti ad una situazione nuova, alle categorie tradizionali, tentando inizialmente di inquadrarla negli schemi già collaudati, anche se in seguito “*l'esigenza di una disciplina più specifica e meno schematica conduce ad una progressiva differenziazione, che costringe a forzare il quadro prestabilito, fino ad uscirne*”.

²⁷ Sui problemi posti dalla iniziale qualificazione del fatto *sub* art. 51, comma 3 bis c.p.p. e dalla successiva riqualificazione: S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2011; 135.

democratica²⁸. Di particolare importanza per la Corte è proprio il requisito della base giuridica che, nell'orientamento dei giudici europei, rappresenta l'unico strumento capace di dettare regole chiare e precise che permettano ai cittadini di comprendere l'ampiezza ed i limiti del potere di intrusione nella loro sfera privata²⁹. Inoltre, la Corte europea richiede che l'uso del mezzo intrusivo, in una società democratica, sia basato su canoni di proporzionalità e sia sottoposta ad un controllo adeguato ed effettivo, con un'espressione volutamente generica che rinvia all'esigenza che sia il giudice *de quo* a fornire una valutazione in concreto del rapporto tra violazione della sfera privata e fine perseguito, proporzionalità che manca quando la prima, seppur minima produce conseguenze sproporzionate sulla vita di una persona³⁰.

5. I tentativi legislativi di disciplinare il captatore informatico.

La disciplina delle nuove tecnologie captative nel quadro del processo penale appare, al momento, lontano dai requisiti richiesti dalla Convenzione: il riferimento normativo al concetto di captatore da remoto era infatti contenuto nel d.l. n. 7/2015 c.d. *pacchetto terrorismo*³¹, che prevedeva l'inserimento, nell'art. 266 bis c.p.p., che l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativa a sistemi informatici o telematici avvenisse anche "tramite strumenti o programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico", proposta poi stralciata; successivamente, lo stesso testo, fu riproposto alla Camera il 2 dicembre 2015, all'indomani degli attentati a Charlie Hebdo, del gennaio 2015, e al Bataclan del novembre 2015 a conferma di come tale mezzo investigativo sia spesso avvertito dalle istituzioni come la risposta idonea alla minaccia terroristica.

Attualmente, il tema dei captatori informatici è oggetto del disegno di legge n. 2067 in materia di riforma del processo penale proposto dal Governo il 12 dicembre 2014, approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente all'esame del Senato³². In particolare l'emendamento c.d. *Casson-Cucca* prevede di affidare al Governo l'emanazione di decreti legislativi contenenti disposizioni sui captatori informatici³³. L'art. 35 del disegno di legge prevede inoltre una serie di principi direttivi che debbono orientare l'esecutivo in materia di captatori, lasciando trasparire talune lacune nonché facendo proprie alcune riflessioni dei giudici della Corte di Cassazione nella sentenza *Scurato* del 2016.

Si prevede infatti che l'attivazione del microfono debba avvenire solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto del giudice: la previsione intende assicurare gli animi sul fatto che sebbene la tecnologia sia invasiva, è tuttavia controllabile, potendo essere delimitato l'ambito di operatività del virus alle sole operazioni necessarie; tale previsione seguirebbe un regime differenziato per i procedimenti per mafia e terrorismo per i quali l'at-

²⁸ Corte Edu, *Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015 §227; Corte Edu, 10 febbraio 2009, *Iordachi and others c. Moldavia*, req. n.25198/02; Corte Edu, 29 maggio 2001, *Taylor - Sabori c. Regno Unito*, req. n. 47114/99.

²⁹ Corte Edu, *Zakharov c. Russia*, §231 identifica i contenuti che la base legale deve contenere: predeterminazione della tipologia oggetto delle comunicazioni oggetto di intercettazione, ricognizione dei reati per cui tali mezzi invasivi sono applicabili, attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni, definizione delle categorie di persone interessate, limiti di durata e procedura da osservare, utilizzazione e conservazione dei dati ottenuti, l'individuazione dei casi in cui occorre distruggerli.

³⁰ La Corte Edu ha recentemente fatto applicazione, con due esiti diversi, del criterio di proporzionalità richiesto dall'art. 8 Cedu, nei casi *Cevat Ozel c. Turquia*, 7/06/2016 e *Versini-Campinchi and Crasnianinski c. France*, 16/06/2016; cfr. sul punto A.GAITO, S. FURFARO, op cit, in *Arch. Pen.*, 2/2012, 9; F. CAPRIOLI, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.* 11/2016, 3981 nel quale l'autore ricorda criticamente i contenuti del progetto Gratteri in materia di intercettazioni (presentato dalla Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata nominata il 30 maggio 2014 e i cui lavori si sono conclusi il 31 dicembre 2014) e richiama i suddetti criteri di cui all'art. 8 Cedu. L'A. ricorda inoltre come la proposta della Commissione avrebbe esteso anche ai procedimenti per i reati di cui all'art. 266 c.p.p. il regime autorizzativo più blando previsto dalla disciplina derogatoria di cui all'art. 13 d.l. 13 maggio 1981 n. 152 relativo ai reati di criminalità organizzata.

³¹ Per una disamina dei principali aspetti della normativa: AA.VV., *Il nuovo pacchetto antiterrorismo*, a cura di R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ, Giappichelli, 2015.

³² Il disegno di legge n. 2067 continua ad essere fermo in Senato dopo numerosi rinvii alla sua votazione, da ultimo a seguito della caduta del Governo, la sua approvazione è ulteriormente slittata a data da destinarsi: cfr. V.NUTI, *Dalla legge elettorale ai voucher, l'agenda di Governo e Parlamento all'inizio del 2017*, in *il Sole24ore*, 3 gennaio 2017.

³³ Si tratta dell'emendamento c.d. *Casson-Cucca* proposto in data 3 agosto 2016 al Disegno di legge n. 2067 recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi: "È evidente, quindi, che da una parte risulta urgente poter disporre di questa strumentazione a distanza, che tra l'altro viene usata di fatto da anni e anni anche dalle Forze dell'ordine e dalla magistratura, ma dall'altra questo deve assolutamente avvenire nel rispetto delle garanzie costituzionali, con una regolamentazione che ne definisca puntualmente i criteri di ammissibilità e i modi. Una delega viene data, quindi, in questa materia al Governo, proprio per regolamentare la situazione. Si tratta della disciplina dell'effettuazione di operazioni intercettative cosiddette mediante captatore informatico".

tivazione del dispositivo sarebbe sempre ammessa, dai procedimenti aventi ad oggetto i reati ordinari per i quali l'attivazione del virus nei luoghi di privata dimora sarebbe limitata alla sussistenza di un'attività criminosa in corso: la disposizione riproporrebbe dunque la dicotomia già delineata dalla sentenza Sez. Un. n. 26889/2016³⁴, non risolvendo però i problemi collegati alla qualificazione del fatto come reato di criminalità organizzata, come già evidenziato con riferimento alla pronuncia stessa, da cui discendono i principali ostacoli nell'identificazione delle operazioni legittime avvenute in luoghi di privata dimora.

Gli emendamenti proposti in Senato prevedono inoltre una serie di garanzie procedurali, quali la previsione che la registrazione audio venga avviata da determinati soggetti, quali la polizia giudiziaria o il personale incaricato da questa, previa indicazione dell'ora di inizio e di fine della registrazione, e che l'operazione sia verbalizzata; che il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il server della Procura, così da garantire originalità ed integrità delle registrazioni, e che al termine della registrazione il captatore informatico debba essere disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante; che vengano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici (stabiliti con decreto ministeriale da emanarsi entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di attuazione), che garantiscano che tale programma effettui le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, sicurezza ed efficacia; si prevede inoltre che i risultati delle operazioni, oltre a poter essere utilizzati a fini di prova dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo, possano esserlo anche in procedimenti diversi, a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (*ex art. 380 c.p.p.*): trattasi di una disposizione che allarga pericolosamente l'utilizzabilità dei risultati ad altri procedimenti, senza alcuna garanzia particolare per l'indagato; infine è previsto che non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede, ma la norma non specifica in alcun modo come tale previsione possa essere effettivamente attuata, ad esempio imponendo una previa verifica dei risultati ottenuti da una commissione indipendente, destinata a stralciare i risultati non attinenti.

Durante la discussione in Senato sono state sottolineate alcune lacune che dovrebbero essere integrate per offrire un impianto legislativo maggiormente garantista, tra cui l'esigenza di prevedere misure che eliminino completamente la possibilità di delegare la materiale esecuzione delle operazioni a società private produttrici di *software* spia, dovendo la legge chiarire in maniera incontrovertibile che tale attività è svolta esclusivamente sotto la diretta responsabilità dell'autorità giudiziaria e con la vigilanza della polizia giudiziaria, nel rispetto del decreto del giudice; la mancata previsione puntuale di una catena di operazioni rigorosamente da svolgere per assicurare la legittimità delle captazioni, come è stato fatto, ad esempio, in materia di prelievo coattivo di campioni biologici; nessun riferimento è fatto alla creazione di un albo di esperti nell'utilizzo dei virus *trojan*, nonché di un registro nazionale dei captatori che garantisca standard idonei circa la loro omologazione e sistemi di verifica della loro conformità al dettato normativo al fine di garantire la corretta manipolazione e conservazione dei dati acquisiti; nulla è detto inoltre sull'attribuzione alla parte processuale del diritto di ottenere la documentazione relativa a tutte le operazioni svolte con captatore e il diritto di chiedere al giudice la verifica dei requisiti di conformità legale del captatore informatico che, come detto in precedenza, dovranno essere anch'essi essere indicati.

6. Uno sguardo alla disciplina dei captatori informatici nell'esperienza europea.

Giova inoltre offrire uno sguardo a come il tema dei captatori sia disciplinato in alcuni altri Paesi europei, in particolare in Germania e in Francia.

³⁴ Viene infatti previsto, sempre con riferimento alla criminalità organizzata, la possibilità per il Pm di disporre le intercettazioni mediante agente intrusore in casi concreti di urgenza poi successivamente sottoposti a convalida del giudice entro quarantotto ore e sempre che il decreto sia motivato sia in ordine alle specifiche ragioni di urgenza sia in ordine alla necessità di disporre quella specifica modalità di intercettazione.

E' del 20 aprile 2016 l'importante sentenza con cui il Tribunale Costituzionale tedesco³⁵ dichiarava la parziale illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella legge che regola i compiti della polizia federale con riferimento all'uso di tecnologie particolarmente invasive della *privacy* dei cittadini.

Due punti sembrano fondamentali nella pronuncia della Suprema corte tedesca. Il primo: la Corte sanciva che è condizione necessaria per disporre mezzi di sorveglianza in luoghi diversi dal domicilio al fine di prevenire la commissione di reati la prevedibilità del compimento di uno specifico reato, tramite l'identificazione perlomeno della sua natura e la previsione che il comportamento della persona si traduca nel compimento di fatti riconducibili a quel reato nel prossimo futuro. In secondo luogo, con riferimento alle operazioni di sorveglianza in case private, la Corte suprema tedesca chiariva che il principio di proporzionalità è solo parzialmente soddisfatto quando le operazioni coinvolgono accidentalmente anche terze persone, perché in tal caso il loro diritto alla riservatezza viene violato. Per tale ragione, la Corte esigeva che i dati raccolti siano analizzati da un organismo indipendente prima di essere affidati alla polizia federale, al fine di eliminare qualsiasi informazione non attinente alle operazioni.

Questa sentenza seguiva un'altra importante decisione del 27 febbraio 2008³⁶ con cui la Corte suprema tedesca aveva già coniato un vero e proprio diritto costituzionale alle garanzie di integrità e di riservatezza dei sistemi informatici, enucleazione del diritto alla dignità dell'individuo nello spazio digitale.

Anche in Francia la materia delle intercettazioni è articolata su un doppio binario: da un lato, l'art. 100 ss. del Code de procédure pénale relativo ai procedimenti ordinari che prevede che sia il *juge d'instruction* a disporre operazioni intercettive in procedimenti per *délits o crimes* puniti con più di due anni di reclusione e per una durata di quattro mesi rinnovabile, dall'altro, a seguito della legge 9 marzo 2004 è possibile disporre intercettazioni preventive sulla base di una disciplina derogatoria prevista dall'art. 706-95 c.p.p. in materia di criminalità organizzata – disciplinata nel libro IV del Code de procédure pénale relativo alle procedure particolari³⁷ – che consente già durante l'*enquête préliminaire* o de *flagrance* di ricorrere alle operazioni di intercettazione. In tal caso le operazioni sono autorizzate dal *juge des libertés et de la détention* su domanda al *Procureur de la République* e le operazioni possono avere una durata di un mese rinnovabile una volta.

Ora, con riferimento alla disciplina derogatoria in materia di criminalità organizzata, il legislatore è intervenuto prevedendo all'art. 706-96 c.p.p. le c.d. "*sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules*" e all'art. 706-102-1 c.p.p. la c.d. "*captation des données informatiques*", entrambe applicabili con riferimento all'elenco di reati previsti dagli artt. 706-73 e 706-73-1 c.p.p., che a loro volta richiamano i *crimes et délits* costituenti atti di terrorismo ai sensi degli artt. 421-1 à 421-6 del Code pénal.

L'art. 706-96 c.p.p. consente, in particolare, la captazione delle parole pronunciate da due o più persone in maniera confidenziale, in un luogo o veicolo pubblico o privato mediante l'inserimento di un dispositivo tecnico all'insaputa dell'utente, autorizzato dal *juge d'instruction*, su parere favorevole del *Procureur de la République*; in particolare gli articoli del *Code de procédure pénale* prevedono alcune garanzie procedurali che debbono essere adempiute dagli operatori quali ad esempio la redazione di un verbale di tutte le operazioni (art. 706-100 c.p.p.) o la distruzione dei dati acquisiti, quando l'azione penale non può più essere esercitata (art. 706-102 c.p.p.); l'art. 706-96 c.p.p. ha riproposto, anche oltralpe, il problema della riconducibilità dei fatti oggetto del procedimento a quelli di cui all'art. 706-73 ss. c.p.p. in materia di criminalità organizzata, e comunque, a seguito di una nota condanna della Francia da parte della Corte

³⁵Bundersverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016 - 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09; A. VENEGONI-L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016.

³⁶ Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. online durchsuchung, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2009, pag. 679 e ss., con nota di R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*.

³⁷ Da ultimo alcune modifiche alla disciplina derogatoria sono state apportate dalla Loi del 3 juin 2016 sulla lotta contro il terrorismo, sulle novità introdotte da quest'ultimo testo: cfr. O. DECIMA, *Terreur et metamorphose*, D. 2016,1826; M. QUEMENER, *Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité*, in *AJ Penal*, 2015, 403, ID, *Les dispositions liées au numériques de la loi 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme*, in *Dalloz IP/IT*, 2016,431; S. HENNEQUIN, *Quid la captation de données informatiques?*, D. 2001.1358.

europea³⁸, la norma prevede, anche nell'ambito della disciplina derogatoria, il divieto di procedere alla captazione in determinati luoghi privati quali studi legali, ordine forensi, luoghi deputati ad esercitare attività giornalistica, domicilio dei giornalisti, studi di notai, ufficiali giudiziari, magistrati, senatori, deputati.

L'art. 706-102-1 c.p.p. disciplina invece la c.d. "*captation des données informatiques*" che consente, sempre tramite dispositivo inoculato su un supporto informatico, l'accesso a tutte le informazioni dell'utente ivi presenti e il compimento di una serie di attività di salvataggio, stoccaggio e trasmissione di tali dati³⁹. Anche in tal caso gli articoli seguenti del Code de procédure pénal prevedono una serie di indicazioni sulle modalità con cui tali operazioni devono essere effettuate, quali ad esempio l'obbligo per il giudice, a pena di nullità, di precisare il reato che giustifica il ricorso a tale mezzo informatico, la localizzazione esatta o la descrizione del sistema informatico e la durata delle operazioni (art. 706-102-3 c.p.p.). Il secondo comma dell'articolo 706-102-1 c.p.p. è stato inoltre modificato prevedendo la creazione di liste di tecnici esperti presso la *Cour de Cassation* e le *Cours d'appel* a cui affidare il compito di compiere le operazioni con captatore informatico. È stato inoltre emanato il *Décret n° 2015-1700* del 18 dicembre 2015 che, dando attuazione all'articolo 706-102-1 c.p.p. ha disciplinato alcune garanzie procedurali nell'uso dei dispositivi informatici, senza che però lo si possa considerare esaustivo in materia: il decreto identifica i soggetti che hanno accesso ai dati raccolti, le operazioni da compiere per la validità degli stessi, il termine entro il quale i dati devono essere distrutti, le modalità di loro conservazione, l'autorità a cui rivolgersi per l'accesso e la rettifica delle informazioni raccolte.

Si ricorda infine che la legge n.731 del 3 giugno 2016 introduceva, agli artt. 706-95-4 e seguenti del Code de procédure pénale, una specifica disciplina dell'*IMSI catcher*, altro strumento tecnologico, simile ad un antenna, che permette di captare e localizzare il numero di telefono e che, nelle versioni più aggiornate, può anche permettere di intercettare dati⁴⁰.

7.

Considerazioni conclusive.

Questi brevi cenni a quanto accade nei Paesi a noi vicini confermano come la necessità di ricorrere a strumenti tecnici innovativi per combattere il crimine organizzato e il terrorismo sia un'esigenza avvertita uniformemente all'interno dei vari ordinamenti europei. Tuttavia è bene ricordare che l'esigenza di lottare contro tali fenomeni può essere considerata legittima solo quando proporzionata allo scopo che si persegue in una società *democratica*, laddove tale ultimo aggettivo costituisce la premessa, e al tempo stesso, il termine ultimo di comparazione a cui l'agire dello Stato deve conformarsi quando ricorre a strumenti di grande invasività, quali quelli qui esaminati.

D'altronde, che i captatori informatici - e con essi tutti gli altri strumenti informatici che man mano si affermeranno con il progresso tecnologico - siano utili e non debbano essere demonizzati appare incontestabile: è proprio la loro natura itinerante a renderli armi essenziali nella lotta che le nostre società debbono condurre contro il terrorismo.

La sensazione è che, tuttavia, contro crimini di tal genere la capacità reattiva dell'ordinamento sia la sola che possa, molto spesso, rivelarsi decisiva per salvare l'incolumità degli individui; essendo dunque impensabile, né auspicabile, che i Paesi smettano di far ricorso a strumenti di tale reattività ed utilità, la soluzione - in uno Stato di diritto - non può che passare dal bandire un uso "sotterraneo" di tali mezzi e dall'offrire, o perlomeno dal tentare di offrire, un quadro legislativo capace di arginare i rischi di abusi investigativi e processuali. Come i riferimenti alla Germania e alla Francia dimostrano, la consapevolezza della necessità di tali strumenti non consente di rinnegare la necessità di un bilanciamento essenziale con

³⁸ Sull'art. 706-96 c.p.p. e la sua applicazione a luoghi privati: Corte Edu, *Wisse c. Francia*, 20 marzo 2006 ; Corte Edu *Vettel c. France*, 31 maggio 2005, in materia di *sonorisation* di un appartamento prima dell'entrata in vigore della legge del 9 marzo 2004 in materia di criminalità organizzata; cfr. H. VLAMYNCK, *Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police*, in *AJ Pénal*, 2011-574; T. POTASZKIN, *Précisions sur les mesures de sonorisation et de fixations d'images*, D. 2013.1045.

³⁹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 25 ed. p. 694 ss : cfr. A. BAUER - C. SOULLEZ, *voix Terrorismes*, Dalloz, 2015, 96 F. CHOPIN, *Cybercriminalité*, in *Rep. droit pén. proc. pén.*, D. 2016.

⁴⁰ L'*IMSI Catcher* è un dispositivo elettronico che si comporta come una falsa antenna e che entra in comunicazione con telefoni, tablets, personal computers per captare informazioni nel suo raggio di azione : in particolare vengono recepiti elementi tecnologici della connessione come numeri di telefono, identità di chi li emette, destinatari delle chiamate, localizzazione. Alcuni dispositivi possono anche captare il contenuto delle comunicazioni : cfr. E. VERGES, *La procédure pénale à son point d'équilibre*, in *RSC* 2016, 551.

altri valori fondamentali delle nostre società, aprendo dunque un dibattito di ampio respiro a livello nazionale ed europeo, destinato a modificare la nozione di riservatezza nelle società in cui viviamo.

Il polverone sollevato dalla questione dell'uso dei captatori informatici e di strumenti tecnici sempre più sofisticati, non può essere relegato a mero *fenomeno passeggero*, a cui obiettare che domani seguiranno altri e più evoluti ancora sistemi informatici di maniera che il sistema legislativo non sarà mai in grado di offrire una tutela completa ed esaustiva: d'altronde il diritto è scienza in costante evoluzione, forgiato da secoli di riflessioni, mai sazio degli obiettivi raggiunti, ma sempre alla ricerca di un punto di equilibrio che traduca un bilanciamento tra esigenze meritevoli di tutela⁴¹.

Lo Stato dunque che non può e non deve rinunciare al primordiale istinto di autoconservazione contro attacchi alla sicurezza comune, deve agire nella consapevolezza che la comprensione dei diritti fondamentali, rappresentando essi un limite invalicabile al potere dell'autorità pubblica, può essere ammessa solo se posta in essere in un quadro imperativamente determinato dal legislatore. Egli è pertanto chiamato a formulare una disciplina quanto più organica e completa possibile all'uso di nuovi strumenti tecnici, quali tra essi i captatori, non solo con riferimento alle operazioni di intercettazione, ma più generalmente in relazione a tutte le ulteriori operazioni che con tali strumenti sia possibile eseguire, al fine di garantirne l'impiego in un quadro legislativamente definito, eliminando, nella maggior misura possibile, zone d'ombra per la tutela dei singoli.

⁴¹ G. LUMIA, *Scienze umane e sapere giuridico*, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere*, Cedam, 1988, 12: che vede nel diritto uno strumento di integrazione sociale e nel giurista colui che deve costruire una macchina sociale capace di prevedere o almeno soffocare i conflitti tra interessi contrapposti che animano la società.

La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee

Judicial Cooperation Against Terrorism in the European Union and Case Law from the European Courts

VALERIA SPINOSA

Magistrato ordinario in tirocinio,

Dottore di ricerca in Diritto penale presso la Scuola Sant'Anna di Pisa

TERRORISMO, ANTITERRORISMO, COOPERAZIONE GIUDIZIARIA, CONFLITTI DI GIURISDIZIONE, SCAMBIO DI INFORMAZIONI, PNR, ORDINE EUROPEO DI INDAGINE, OPERAZIONI SOTTO COPERTURA, GIURISPRUDENZA CEDU, COOPERAZIONE ESTERNA

TERRORISM, ANTITERRORISM, JUDICIAL COOPERATION, CONFLICT OF JURISDICTION, EXCHANGE OF INFORMATION, PNR (PASSENGER NAME RECORD), EUROPEAN INVESTIGATION ORDER, UNDERCOVER OPERATION, ECHR JURISPRUDENCE, EXTERNAL COOPERATION

ABSTRACT

Il presente intervento intende offrire una panoramica degli strumenti normativi esistenti e futuri nella cooperazione giudiziaria europea antiterrorismo, con alcune riflessioni critiche circa la loro portata applicativa. Partendo dalla risoluzione dei conflitti di giurisdizione, passa per l'analisi delle norme sullo scambio di informazioni e sugli strumenti operativi. Infine, dà conto della rilevante giurisprudenza delle corti europee sulla cooperazione giudiziaria antiterrorismo e suggerisce prospettive di riforma del quadro normativo nell'UE.

The present article aims to offer an overview of existing and future legal instruments in the EU judicial cooperation against terrorism, with some critical comments on their actual effectiveness. Starting from the resolution of conflicts of jurisdictions, this article proceeds to an analysis of the rules concerning the exchange of information and operative tools. Finally, it illustrates the relevant jurisprudence by the European Courts concerning judicial cooperation against terrorism and it provides some suggestions for reforming the EU legal framework.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Principali atti normativi UE in materia di terrorismo. – 2.1. I meccanismi di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione. – 2.2. Scambi informativi con finalità investigativa e probatoria. – 2.3. Sviluppi futuri grazie all'ordine europeo d'indagine. – 2.4. Strumenti operativi nella cooperazione giudiziaria antiterrorismo. – 3. La giurisprudenza delle Corti europee. – 4. Considerazioni conclusive.

1.

Premessa.

Il terrorismo contemporaneo, per la sua struttura flessibile e transnazionale, può essere efficacemente contrastato soltanto grazie a un'azione coordinata e tempestiva delle autorità giudiziarie dei vari Paesi occidentali¹.

È in declino il paradigma del terrorismo interno, che il singolo Stato poteva fronteggiare, mentre si diffondono in Europa e Nord America cellule isolate e persino lupi solitari, uniti fra loro soltanto dal richiamo della propaganda jihadista².

Ciò che infatti contraddistingue il nuovo terrorismo internazionale è la sua natura per così dire "liquida", ossia priva di un'organizzazione gerarchica paramilitare come era nel nostro terrorismo politico degli anni Settanta e come è ancora, in una certa misura, nelle associazioni di stampo mafioso³.

Il terrorismo cd. islamista dei tempi recenti si caratterizza più precisamente per l'uso e l'abuso degli strumenti forniti dalla modernità e dallo sviluppo tecnologico, in quanto i seguaci di ISIS fanno ampio impiego di Internet, specialmente dei *social network*, come pure viaggiano su rotte internazionali dentro e fuori il territorio dell'Unione Europea (e qui si comprende l'importanza dell'armonizzazione a livello europeo degli archivi dei PNR per i voli extra-comunitari).

Peraltro, essendo possibile nei prossimi mesi il crollo militare di Daesh nei territori siriani e iracheni, vi è chi teme il ritorno in Occidente dei *foreign fighters* superstiti, che potrebbero portare in Europa il nuovo fronte del *jihad* militare/terroristico⁴.

Davanti a questo scenario tutt'altro che rassicurante⁵, la via privilegiata per combattere le nuove formazioni terroristiche resta quella di una più stretta cooperazione giudiziaria, specialmente all'interno dell'UE, dando più effettività alla cospicua normativa europea in materia e coinvolgendo maggiormente le agenzie specializzate Eurojust ed Europol⁶.

2.

Principali atti normativi UE in materia di terrorismo.

Gli atti vincolanti dell'Unione Europea, in effetti, già offrono agli Stati membri numerosi strumenti di cooperazione giudiziaria, che possono rivestire un'importanza fondamentale nelle indagini di terrorismo, rendendole più celeri, snelle e proficue, nonché favorendo l'azione sinergica di tutte le autorità nazionali di *law enforcement* coinvolte⁷.

La normativa europea in materia di terrorismo annovera sia strumenti normativi sulla cooperazione giudiziaria di portata generale, vale a dire applicabili a tutte le categorie di reati, sia fonti specificamente dirette al fenomeno terroristico.

Il cuore del problema, a tutta evidenza, non si annida tanto nelle carenze del legislatore europeo, che anzi si mostra particolarmente attento rispetto all'emergenza terroristica conside-

¹ ROBERTI, *Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative*, in AA. VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali. Atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016*, in *Questione Giustizia, Speciale*, settembre 2016, 55; Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Foreign Fighters under International Law*, Academy Briefing n. 7, October 2014;

² HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad*, in *International Security*, Winter 2010-2011, Vol. 35, 3, 53; Global Counterterrorism Forum, *The "Foreign Terrorism Fighters" (FTF) Initiative. The Hague – Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the FTF Phenomenon*, September 2014;

³ SPATARO, *L'Unione Europea e le politiche di contrasto del terrorismo internazionale*, in www.europeanrights.eu, 17 febbraio 2009;

⁴ BASSOU, *Returning foreign terrorist fighters: An imminent threat to manage*, in *OCF Policy Center, Policy Brief*, February 2017; EU Counter-Terrorism Coordinator, *Foreign fighters and returnee. Discussion paper to the Council*, Brussels, 2 December 2014;

⁵ VEDASCHI, *Da Al-Qaida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2016, 1, 58;

⁶ HIRSH, *Foreign Fighters and the European Response*, EPRS Archive, 28 January 2015;

⁷ EU Counter-Terrorism Coordinator, *Effective criminal justice response to foreign fighters*, 10 October 2014;

randola a ragione una delle più gravi forme di criminalità organizzata transnazionale, quanto nell'insoddisfacente impiego sul piano operativo di siffatte norme di cooperazione giudiziaria da parte delle autorità degli Stati Membri⁸.

È conferma indiretta della ritrosia degli ordinamenti nazionali la costante presenza negli atti normativi UE delle cd. clausole di salvaguardia, le quali consentono agli Stati Membri di tirare una sorta di "freno d'emergenza" rispetto all'applicazione integrale della disciplina europea antiterrorismo, potendo così derogare in parte alle norme UE ogni volta che queste possano confliggere con la tutela di interessi sensibili dei singoli Paesi, come la sicurezza nazionale o la riservatezza delle fonti di *intelligence*.

Inevitabilmente, nel settore della lotta al terrorismo, dove le indagini in molti Stati Membri sono condotte dai servizi segreti piuttosto che dalla polizia giudiziaria, tali clausole di salvaguardia trovano frequentissima applicazione e di conseguenza rendono scarsamente effettivi molti degli istituti di cooperazione giudiziaria approntati dal legislatore UE.

2.1.

Immeccanismi di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione.

Dovendo selezionare nell'economia del presente intervento i principali atti vincolanti di matrice UE in materia di terrorismo, occorre soffermarci prima di tutto sulla decisione quadro 2002/475/GAI contro il terrorismo, la quale si occupa di uno dei nodi più complessi nella prassi della cooperazione giudiziaria in materia penale, cioè dei potenziali *conflitti di giurisdizione*, chiedendo agli Stati di cooperare fra loro per concentrare le indagini in un unico ordinamento o comunque di svolgerle in modo coordinato se ciò non è possibile.

Con il recente d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 29 l'ordinamento italiano ha inoltre dato attuazione a un rilevante atto normativo di portata generale, la decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione dei procedimenti penali, che vale per tutti i procedimenti penali, inclusi quelli inerenti reati di terrorismo internazionale.

Tale decisione quadro, seppur presenti un testo compromissorio come si vedrà tra poco, contiene comunque alcune novità degne di interesse, come *l'obbligo di prendere contatto* previsto dall'art. 5 della decisione quadro, il quale impone all'autorità di uno Stato Membro che nutra fondati motivi sull'esistenza di un procedimento parallelo in un altro Stato Membro, di prendere contatto con l'autorità competente dell'altro Stato Membro per confermare l'esistenza di siffatto procedimento parallelo al fine di avviare *la successiva fase delle consultazioni dirette*.

La fase delle consultazioni dirette, anch'essa avente natura obbligatoria, si sostanzia nello scambio di informazioni "sui provvedimenti procedurali importanti che hanno adottato nei procedimenti", purché dallo scambio informativo non possa derivare un "pregiudizio a interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza" o possa "compromettere la sicurezza di una persona" (cfr. art. 10 par. 3 decisione quadro). Ecco un esempio di clausola di salvaguardia che, se eccessivamente sfruttata dalle autorità nazionali, può minare in radice la portata innovativa della decisione quadro 2009/948/GAI e, di riflesso, del d.lgs. 29/2016 in attuazione della stessa.

Ha natura non vincolante la previsione del ruolo di Eurojust nella risoluzione dei conflitti di giurisdizione a seguito di esito infruttuoso delle consultazioni dirette da parte degli Stati coinvolti, sempre che il procedimento rientri fra quelli di sua competenza -e il terrorismo internazionale è una delle materie di criminalità organizzata per cui Eurojust e Europol sono competenti.

Questa parte della decisione quadro, perciò, è quella che ha più deluso le aspettative, avendogli attribuito a Eurojust la competenza a decidere sul conflitto di giurisdizione soltanto in via sussidiaria, eventuale e non vincolante rispetto alle determinazioni finali delle autorità nazionali degli Stati Membri⁹.

⁸ Centre for Security Studies (CSS), *Foreign Fighters: An Overview of Responses in Eleven Countries*, 2014;

⁹ DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3028;

2.2. Scambi informativi con finalità investigativa e probatoria.

Una delle principali forme di cooperazione giudiziaria anche in materia antiterrorismo è senza dubbio costituita dallo scambio di informazioni relative alle indagini preliminari, sia su base volontaria e spontanea da parte di uno Stato Membro verso uno o più Stati Membri, sia su richiesta delle autorità procedenti di altri Stati¹⁰.

Più precisamente, il *coordinamento investigativo* avviene, grazie alla decisione 2005/671/GAI (specificamente rivolta al fenomeno terroristico), tramite un flusso informativo sui reati di terrorismo sia tra Paesi membri sia di questi con Eurojust ed Europol, con precedenza assoluta sulle altre richieste di assistenza giudiziaria.

In base a tale decisione, ogni Stato UE deve rendere accessibile “qualsiasi oggetto, documento o elemento di prova” ottenuto in operazioni contro il terrorismo internazionale, salvo che ciò non comprometta le indagini in atto di un'autorità nazionale. L'indicazione dei dati oggetto di scambio investigativo è oltremodo vaga rispetto agli “oggetti”, allo scopo di lasciare un margine di apprezzamento discrezionale alle autorità nazionali nella selezione delle informazioni da condividere.

Una miglior precisazione dei contenuti del coordinamento investigativo fra Stati Membri è stata resa possibile dall'introduzione di due direttive n. 680 e 681 nel 2016, riguardanti la raccolta e la circolazione dei PNR (*Passenger Name Records*) e la riservatezza dei dati relativi a procedimenti penali.

Il 21 aprile 2016 il Consiglio ha adottato la direttiva 2016/681 sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi; la direttiva PNR amplia così la gamma dei dati utili per le indagini preliminari che possono costituire base di scambio fra le autorità procedenti di più Paesi dell'Unione.

Va osservato che molti ordinamenti nazionali (inclusa l'Italia) provvedevano già alla registrazione e alla conservazione di tali dati, pure per eventuali indagini sui viaggi dei *foreign fighters* verso gli Stati extra-comunitari dove Daesh controlla il territorio oppure ha creato campi di addestramento.

Il valore aggiunto della direttiva risiede nell'armonizzazione a livello europeo della raccolta di tali informazioni, così da impedire la formazione di “zone franche” in Europa nel monitoraggio dei voli da e verso il territorio dell'UE. È lasciata agli Stati Membri l'opzione di conservare i PNR relativi altresì ai voli interni all'Unione, opzione di cui si è avvalsa la gran parte dei Paesi¹¹.

Le maggiori preoccupazioni derivanti dalla direttiva PNR attengono alle garanzie di tutela della riservatezza delle informazioni oggetto di registrazione e comunicazione fra autorità nazionali dei Paesi Membri e dei Paesi Terzi; a tal fine è stata emanata contestualmente un'altra direttiva, n. 2016/680, che si occupa della protezione dei dati nel settore penale.

Si è parlato in proposito di un vero e proprio “pacchetto 2016” di normative europee rilevanti nel settore penale e antiterrorismo (le direttive 2016/680 e 2016/681, nonché il regolamento 2016/679), un pacchetto che, da una parte, punta a una più stretta cooperazione sul piano dello scambio informativo e, dall'altra parte, assicura che l'uso di tali dati di rilevanza investigativa sia sempre accompagnato da adeguate garanzie di riservatezza e sicurezza fornite dall'autorità procedente.

È altrettanto vero, però, che il contrasto al terrorismo internazionale può richiedere, in situazioni di emergenza, tempi celeri di trasmissione e condivisione delle informazioni, sicché la stessa direttiva 2016/680 consente agli Stati Membri di derogare alle ordinarie forme di tutela della *privacy*, per esempio derogando ai limiti di trasferimento dei dati a Stati Terzi o a Organizzazioni Internazionali, qualora uno Stato UE sia soggetto a una minaccia grave alla sicurezza pubblica.

¹⁰ CLUNY, *Politiche della sicurezza e stato di diritto. Quali regole per la cooperazione giudiziaria internazionale?*, in AA. VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali. Atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016*, in *Questione Giustizia, Speciale*, settembre 2016, 263;

¹¹ DI FRANCESCO MAESA, *Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, in rivista.eurojus.it, 24 maggio 2016;

2.3. Sviluppi futuri grazie all'ordine europeo d'indagine.

Se questo è il quadro generale dei meccanismi di scambio investigativo nella lotta al terrorismo esistente nell'ordinamento europeo, tale quadro potrebbe mutare profondamente nei prossimi mesi.

La futura attuazione della direttiva 2014/41/UE sull'*ordine europeo d'indagine* (OEI), prevista entro il 2017, dovrebbe infatti rafforzare ulteriormente la cooperazione fra Stati UE nel contrasto al terrorismo e forse addirittura rivoluzionarla sotto il profilo dello scambio di informazioni e di qualsiasi elemento dotato di rilevanza probatoria, poiché vi è previsto l'abbandono definitivo del sistema delle rogatorie, a favore del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di prove, anche costituende, sulla scorta dell'esempio positivo del *mandato di arresto europeo*.

Si tratterà, a ben vedere, di un cambiamento radicale nello scambio investigativo e informativo rispetto al modello della decisione 2005/671/GAI, la quale genericamente si riferiva allo scambio di "oggetti" raccolti durante le indagini: grazie all'OEI, difatti, le autorità nazionali potranno cooperare attraverso il meccanismo agevolato del mutuo riconoscimento con riferimento a tutte le attività di ricerca e acquisizione della prova in tutte le fasi del procedimento penale, sia per quanto riguarda le prove precostituite (i cd. oggetti), sia soprattutto le prove costituende¹².

Anche sull'ordine europeo d'indagine, tuttavia, vi sono luci ed ombre: restano al fondo molti interrogativi su come il principio del mutuo riconoscimento riuscirà a superare i possibili ostacoli derivanti dall'esistenza di diversi regimi di acquisizione e utilizzabilità delle prove vigenti in ogni Stato Membro.

A tal proposito, non bisogna dimenticare che residua in capo allo Stato passivo la facoltà di adottare mezzi alternativi di esecuzione dell'OEI, conformi alla propria legislazione interna, ma diffirmi rispetto a quelli in vigore nell'ordinamento processuale dello Stato richiedente.

In aggiunta, rispetto ai procedimenti relativi ai reati di terrorismo, si pone la questione dello spazio applicativo della cd. clausola di non esecuzione, contemplata dall'art. 11 della direttiva OEI: in forza di tale clausola, lo Stato richiesto può rifiutare l'esecuzione dell'attività investigativa oggetto dell'ordine di indagine europeo qualora ciò possa mettere in pericolo la sicurezza nazionale o la riservatezza delle fonti di *intelligence*. Nelle indagini antiterrorismo tale clausola potrebbe essere invocata di frequente dagli Stati di esecuzione, in modo da ridimensionare sensibilmente la portata dirompente del mutuo riconoscimento nelle attività di indagine.

Si dovrà quindi attendere l'attuazione interna della direttiva 2014/41/UE nel nostro ordinamento e, soprattutto, le sue prime applicazioni nelle indagini sui reati di terrorismo internazionale, per capire quali saranno le ricadute pratiche dell'ordine europeo d'indagine in questo delicato settore.

2.4. Strumenti operativi nella cooperazione giudiziaria antiterrorismo.

Accanto al coordinamento delle indagini e allo scambio informativo, le autorità giudiziarie dei Paesi dell'area UE dispongono di significativi strumenti operativi nel contrasto al terrorismo internazionale: oltre alle squadre investigative comuni¹³ (di cui parlerà più tardi Guido Colaiacovo), infatti, esiste uno strumento assai efficace rappresentato dalle *operazioni sotto copertura*, utili soprattutto per individuare reclutatori e addestratori di ISIS nei luoghi fisici e

¹² CAMALDO, *La Direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014.

¹³ S.I.C. ovvero squadre investigative comuni (decisione quadro 2002/465/JHA, che l'Italia ha di recente attuato con il d.lgs. 15.2.2016). Con queste si può creare una *team* composto di magistrati e ufficiali di p.g. provenienti da vari Paesi UE, che lavora per un tempo e uno scopo prestabilito; la squadra non si limita a condividere informazioni, bensì procede ad azioni congiunte, con il supporto di Eurojust e di Paesi terzi. Occorre sottolineare che alle squadre investigative comuni non si applicherà la futura disciplina dell'ordine europeo d'indagine, poiché al loro interno già circolano le informazioni di interesse investigativo e sono coordinate azioni sul campo, come pure attività di acquisizione di materiale probatorio.

virtuali di propaganda e proselitismo¹⁴.

Le operazioni sotto copertura a livello internazionale avevano fatto ingresso nell'ordinamento italiano con la legge di ratifica n. 146/2006 della Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale; oggi pure a livello europeo la nuova convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000, da poco ratificata dall'Italia con la l. 149/2016, disciplina le operazioni sotto copertura condotte sul territorio di più Stati Membri.

La convenzione da ultimo citata prevede ulteriori strumenti per rendere più efficace la cooperazione giudiziaria relativa ai reati di terrorismo internazionale, tuttavia, trattandosi ormai di un accordo internazionale piuttosto datato, persino anteriore all'attentato delle Torri Gemelle, molti di questi istituti risultano già superati dai successivi sviluppi della normativa antiterrorismo UE.

Si pensi, per esempio, alle rogatorie semplificate tra autorità giudiziarie di più Stati Membri, tramite contatto diretto, che dovrebbero a breve essere surclassate dall'applicazione totalitaria del principio di mutuo riconoscimento grazie all'avvento dell'ordine di indagine europeo; si pensi, inoltre, alle regole sulle intercettazioni all'estero, di fatto inapplicabili dato il costante ricorso alla tecnica dell'instradamento, che consente di canalizzare i flussi telefonici e informatici fuori dal territorio nazionale.

Volendo trarre un bilancio provvisorio dell'effettività degli strumenti informativi e operativi della cooperazione giudiziaria europea antiterrorismo, deve ammettersi che, a fronte di un ricco *corpus* normativo, l'impatto sulle prassi applicative non è ancora altrettanto proficuo¹⁵.

Quel che è certo è che finora lo strumento di maggior successo applicativo nella lotta al terrorismo internazionale è il *mandato di arresto europeo*, dato che sin dal 2004 il MAE ha assai semplificato e accelerato le procedure di consegna degli indagati o condannati per tali reati rispetto al meccanismo tradizionale delle estradizioni¹⁶.

3.

La giurisprudenza delle Corti europee.

In ogni caso, come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo insegna, la ricerca di strumenti sempre più effettivi nella lotta al terrorismo incontra un limite invalicabile nel rispetto dei diritti umani¹⁷. L'art. 15 CEDU indica delle libertà assolutamente inderogabili dagli Stati, anche qualora vi fosse una grave minaccia terroristica in atto. Si tratta *in primis* del diritto alla vita e del divieto di tortura¹⁸, che pongono seri vincoli alla cooperazione giudiziaria antiterrorismo entro l'UE e con i Paesi Terzi.

La *proibizione assoluta della tortura*, infatti, comporta che gli Stati membri non possano scambiarsi informazioni o elementi probatori quando vi sia un fondato sospetto che siano stati ottenuti tramite tortura (*El Hasky* c. Belgio); del pari, nessuno può essere consegnato o estradato se vi sia il rischio concreto che costui venga sottoposto a tortura nel Paese di destinazione (*Saadi* c. Italia).

Nel noto caso *Nasr e Ghali* c. Italia (detto caso Abu Omar) la Corte di Strasburgo ha aggiunto che la lotta al terrorismo non può neppure giustificare le cd. consegne straordinarie e le detenzioni segrete, in quanto forme illegali di tortura e di privazione della libertà.

Rispetto invece alle *garanzie parzialmente derogabili* in tempo di emergenza *ex art. 15* CEDU, la giurisprudenza della Corte opera un equo bilanciamento con le esigenze di prevenzione e di repressione del terrorismo.

In particolare, il diritto di difesa (*A. and others* c. Regno Unito), come pure la libertà personale, di espressione e di religione, nonché la *privacy* dei presunti terroristi, dunque, possono andare incontro a limitazioni eccezionali, purché esse siano di natura temporanea, proporzio-

¹⁴ Si ritiene che l'utilizzo degli agenti infiltrati sotto copertura sia maggiormente efficace per individuare predicatori ed arruolatori ISIS, piuttosto che allo scopo di entrare nell'organizzazione terroristica, dato che il nuovo terrorismo internazionale si caratterizza per una struttura interna assai fluida e priva di una vera gerarchia - a differenza del terrorismo politico e delle organizzazioni mafiose - mentre il vero collante tra le cellule e i lupi solitari è rappresentato dalla propaganda jihadista *online* e in determinati luoghi fisici (carceri, moschee, etc.).

¹⁵ Salvi, *Conoscere il terrorismo Jihadista. Strumenti e tecniche di indagine*, in AA. VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali. Atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016*, in *Questione Giustizia, Speciale*, settembre 2016, 152.

¹⁶ BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *questa Rivista*, n. 4, 2015;

¹⁷ FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in *Giur. It.*, 2008, 783;

¹⁸ Rimandiamo al successivo intervento di Beatrice Gornati per quanto riguarda l'art. 3 CEDU.

nata e non discriminatoria (*Leroy c. Francia*)¹⁹.

4. Considerazioni conclusive.

Per concludere, pur auspicando che nel frattempo le fonti europee esistenti ricevano un'applicazione più frequente e uniforme sul territorio dell'Unione, possono prefigurarsi delle direttrici di sviluppo per la normativa europea, in modo da rafforzare e ampliare ulteriormente i confini della cooperazione giudiziaria antiterrorismo.

Le prospettive di riforma dovrebbero rivolgersi soprattutto verso una migliore *cooperazione esterna*: da un lato, favorendo accordi bilaterali con gli Stati Terzi e le Organizzazioni Internazionali, ormai imprescindibili data la natura globale del nuovo fenomeno terroristico; dall'altro lato, stringendo collaborazioni e avviando progetti con il settore privato, specialmente con gli *Internet Service Providers* (ISP), allo scopo di monitorare e prevenire la diffusione della propaganda di ISIS sul web e sui *social networks*, anche attivando meccanismi di filtro e segnalazione alle autorità competenti.

La rincorsa a strumenti normativi sempre più efficaci nel contrasto al terrorismo, in ogni caso, non è infinita: essa incontra i limiti invalicabili segnati dalle convenzioni in materia di diritti fondamentali e dalla relativa giurisprudenza europea, perché è solo il rispetto delle libertà e dei diritti inderogabili che vale a distinguere lo Stato di diritto dai terroristi che esso va a combattere con le vie giudiziarie e non con quelle della forza.

¹⁹ UN General Assembly, *Protecting human rights and fundamental freedoms while countering terrorism - Report of the Secretary-General*, 4 August 2010.

Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni

New Perspectives on Coordination of Investigations and Judicial Cooperation in Light of Italian Legislation on Joint Investigation Teams

GUIDO COLAIACOVO

Dottore di ricerca in Diritto e procedura penale presso l'Università "Sapienza" di Roma

COOPERAZIONE GIUDIZIARIA, CONTRASTO AL TERRORISMO,
COORDINAMENTO DELLE INDAGINI,
SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

JUDICIAL COOPERATION, FIGHT AGAINST TERRORISM,
COORDINATION OF INVESTIGATIONS,
JOINT INVESTIGATION TEAMS

ABSTRACT

L'intervento mira a delineare le caratteristiche del nuovo strumento di cooperazione giudiziaria e la sua collocazione nei rapporti tra procuratore distrettuale e procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.

This article aims to outline the main features of the new instrument of judicial cooperation and its place in the relationship between the District Attorney and the Anti-mafia and Anti-terrorism National Prosecutor's Office.

SOMMARIO

1. La cooperazione giudiziaria nel contrasto al terrorismo. – 2. Le squadre investigative comuni nella normativa italiana. – 3. I profili innovativi. – 4. Il problema dell'utilizzabilità del materiale raccolto. – 5. Il coordinamento investigativo. – 6. Conclusioni.

1.

La cooperazione giudiziaria nel contrasto al terrorismo.

I sanguinosi attentati che si ripetono ormai con sconcertante frequenza hanno evidenziato, in maniera chiara e inequivocabile, l'esigenza di approntare una risposta efficace contro il terrorismo di matrice fondamentalista, fenomeno la cui devastante potenzialità criminosa è paragonabile soltanto alle difficoltà che si incontrano nel prevenirne le iniziative. Le organizzazioni responsabili delle stragi che hanno colpito l'Europa, infatti, si caratterizzano per una struttura a vocazione internazionalistica, le cui ramificazioni locali riescono a colpire autonomamente, una volta attivata la "cellula dormiente" o scatenato il "lupo solitario"¹.

Dunque, così come la particolare struttura di queste organizzazioni – che è articolata in una rete di contatti e collegamenti in tutto il mondo, ma che, tuttavia appare priva di legami nel momento operativo – consente loro di agire superando i vincoli di carattere territoriale, allo stesso modo l'attività di repressione deve essere calibrata su tali caratteristiche e deve poter contare su una maggiore libertà di movimento e su degli strumenti adeguati.

L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, l'inasprimento delle sanzioni e l'allestimento di un severo apparato di misure di prevenzione rischiano di rivelarsi inefficaci, se non supportati da un arsenale investigativo che sveli all'autorità giudiziaria le complesse trame del fenomeno terroristico.

La soluzione del problema, quindi, passa sia attraverso il potenziamento degli istituti processuali interni, sia attraverso il rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea e l'introduzione di istituti che sviluppino sempre più la cooperazione giudiziaria in materia penale.

Il raggiungimento di tale obiettivo ha ricevuto nell'ordinamento italiano un'accelerazione, sul fronte interno, con il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. nella l. 17 aprile 2015, n. 43², e, sul versante internazionale, con l'emanazione, nel febbraio 2016, di alcuni decreti legislativi finalizzati a recepire degli strumenti di cooperazione che, affiancandosi a quelli già esistenti, appaiono particolarmente utili per il contrasto alla criminalità organizzata, in generale, e a quella di matrice terroristica, in particolare³.

Tra questi decreti si vuole concentrare l'attenzione sul d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 34 che, attuando la decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, introduce la disciplina delle squadre investigative comuni.

Prima di entrare *in medias res*, tuttavia, una notazione critica: il recepimento quasi improvviso di tali strumenti di cooperazione, che pure avviene in una fase molto delicata della vita politica europea, non appare dettato tanto dalla volontà di conferire efficacia alla lotta al terrorismo o alla criminalità transnazionale. Alcune delle decisioni quadro recepite, e tra queste anche quella sulle squadre investigative comuni, risalgono infatti a più di dieci anni fa e sono coeve della decisione quadro sul mandato di arresto europeo. Dunque, il tempo e le occasioni

¹ Delinea i tratti distintivi del nuovo modello di terrorista, 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 F. VIGANÒ-R. E. KOSTORIS (a cura di), *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, Torino, 2015, p. IX.

² Si tratta di un provvedimento legislativo che contiene disposizioni tanto di carattere sostanziale, che di carattere preventivo e processuale. In quest'ultimo ambito, per quanto attiene l'oggetto del presente intervento, si segnala l'attribuzione al procuratore nazionale antimafia di funzioni antiterrorismo (*ex plurimis*, anche per l'analisi dei profili critici della novella, F. ROBERTI, *Il coordinamento nazionale delle indagini contro il terrorismo*, in F. VIGANÒ-R. E. KOSTORIS (a cura di), *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, cit., p. 140 e ss.).

³ Per una panoramica su tali strumenti di cooperazione, G. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, in *Cass. pen.*, 2016, supplemento al n. 5, p. 5 e ss.

– quali altri gravissimi attentati – ci sono stati, ma non hanno mosso il legislatore⁴.

Viene da pensare, allora, che questi interventi siano stati imposti, piuttosto, dall'imminente scadenza delle norme che limitavano, da un lato, il controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte di Giustizia sulle norme dell'Unione Europea relative alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale e, dall'altro lato, le prerogative della Commissione Europea di controllare l'applicazione del diritto in tale settore e, quindi, dalla conseguente esigenza per lo Stato italiano di evitare l'apertura di simili procedure⁵.

2.

Le squadre investigative comuni nella normativa italiana.

In ogni caso, le autorità giudiziarie dispongono di nuovi e sicuramente più efficaci strumenti di cooperazione.

In estrema sintesi, secondo la disciplina appena introdotta, l'autorità giudiziaria italiana può richiedere ad altri Stati membri, al fine di svolgere l'attività investigativa nel loro territorio, la creazione di una o più squadre comuni. Si tratta di quella che, secondo la consueta nomenclatura, può essere definita *procedura attiva*.

Allo stesso modo, l'autorità giudiziaria italiana può essere richiesta della costituzione di una squadra che operi sul territorio nazionale. Si tratta di quella che, secondo la consueta nomenclatura, può essere definita *procedura passiva*.

Tra i reati per i quali è consentito il ricorso alla creazione di squadre comuni figurano appunto quelli compiuti con finalità di terrorismo, richiamati nel catalogo dell'art. 2 della disciplina di attuazione⁶.

L'istituto può essere esaminato seguendo una duplice direttrice: prima, evidenziando gli aspetti di innovazione; poi, analizzando il ruolo e le competenze dei soggetti che curano la sua applicazione.

3.

I profili innovativi.

Quanto al primo profilo, l'introduzione di tale strumento segna un effettivo progresso nel contrasto al terrorismo internazionale.

Innanzitutto, rispetto al modello paradigmatico degli strumenti di cooperazione, ossia il mandato di arresto europeo, si può apprezzare un passo in avanti verso l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie in quanto non è previsto alcun intervento del Ministro della Giustizia, che già era stato relegato a "mero passacarte"⁷. In altre parole, nei rapporti concernenti le squadre investigative comuni, il Ministro della Giustizia non svolge neppure il ruolo di assistenza amministrativa nella trasmissione delle richieste da e per l'estero⁸. Tale impostazione rende sicuramente più semplice e veloce la gestione dei rapporti di cooperazione, in una materia nella quale ritardi e appesantimenti procedurali possono rivelarsi esiziali.

In secondo luogo, si rivela più efficace del classico strumento rogatorio, poiché permet-

⁴ Deve ricordarsi, comunque, che dei tentativi furono compiuti con dei disegni di legge, poi decaduti, che contemplavano l'introduzione nel codice di rito degli artt. da 371-ter a 371-octies (sul punto, C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011, p. 481).

⁵ In questo senso, M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1009.

⁶ La decisione quadro, pur non indicando espressamente i reati per i quali era possibile istituire squadre investigative comuni, al considerando n. 7 esprimeva una predilezione proprio per il contrasto ai reati commessi dai terroristi.

⁷ Sul punto, A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, p. 32.

⁸ Una sua fugace apparizione, invero, è prevista dal quarto comma dell'art. 3, in forza del quale riceve comunicazione della decisione assunta dal procuratore della Repubblica di non dare corso alla richiesta perché le investigazioni da compiere sono espressamente vietate dalla legge ovvero contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. Ma anche in questo caso, come, nota G. DE AMICIS, *I decreti legislativi*, cit., p. 10, il Ministro della Giustizia non ha al riguardo alcuna facoltà di interlocuzione, dovendo limitarsi a prendere atto della decisione adottata dall'autorità giudiziaria, senza la possibilità di esprimere ulteriori valutazioni di opportunità che inevitabilmente si risolverebbero in una forma di anomalo condizionamento sull'esercizio dell'attività di indagine.

te all'autorità giudiziaria di svolgere direttamente le indagini in territorio estero⁹, così come sembra permettere l'esplicitamento di un più ampio catalogo di attività investigative¹⁰. Inoltre, ancora rispetto agli altri strumenti di cooperazione giudiziaria, che operano ai fini dell'esecuzione di provvedimenti di carattere esecutivo o cautelare (ad esempio, il mandato d'arresto europeo o l'ordine di protezione europeo), lo svolgimento di attività di indagine consente di raccogliere materiale utile non soltanto per il procedimento in corso, ma anche per la scoperta e la repressione di altre condotte delittuose.

4.

Il problema dell'utilizzabilità del materiale raccolto.

In una prospettiva critica, tuttavia, non può ignorarsi un profilo di particolare importanza relativo al regime di utilizzabilità del materiale raccolto all'estero.

Previsione di riferimento è l'art. 6, che nella rubrica opera una preliminare distinzione tra utilizzazione degli *atti di indagine* e utilizzazione delle *informazioni investigative*¹¹, dalla quale discende anche un diverso regime di utilizzabilità.

Quanto agli atti di indagine, il secondo comma consente l'ingresso nel fascicolo del dibattimento soltanto agli atti non ripetibili posti in essere dalla squadra investigativa comune¹², mentre, più in generale, il terzo comma prevede che gli atti compiuti all'estero, diversi da quelli irripetibili, avranno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di rito e la loro utilizzabilità sarà disciplinata dalla legge italiana¹³.

Quanto alle informazioni legittimamente ottenute dai componenti della squadra investigativa comune, invece, si prevede che, qualora non siano altrimenti reperibili per le autorità dello Stato membro interessato, l'utilizzazione sia consentita per le finalità indicate dal quarto comma, ossia: a) per i fini previsti all'atto della costituzione della squadra; b) previo consenso dello Stato sul cui territorio sono state assunte, per l'individuazione, l'indagine e il perseguimento di altri reati. In questa ipotesi, il consenso può essere negato soltanto in caso di grave pericolo per l'efficacia delle indagini penali condotte nello Stato sul cui territorio le informazioni sono state assunte o qualora quest'ultimo possa rifiutare l'assistenza giudiziaria ai fini di tale uso; c) per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica, fermo restando quanto previsto dalla lettera precedente, in caso di successivo avvio di un'indagine penale; d) per altri scopi entro i limiti convenuti dagli Stati che hanno costituito la squadra.

La precisa declinazione del contenuto di questa previsione appare di fondamentale importanza per individuare un corretto bilanciamento tra le esigenze di accertamento di fatti penalmente rilevanti, soddisfatte dallo svolgimento di attività investigative all'estero¹⁴, e la tutela

⁹ La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo sottolinea che il cambio di paradigma introdotto con le squadre investigative comuni è rappresentato dal fatto che non si tratta più di prevedere misure di coordinamento tra organi inquirenti dei diversi Stati, bensì di individuare uno specifico ambito di azione comune che consenta di operare nei diversi Stati, direttamente e in tempi reali, senza la penalizzazione di ostacoli di carattere formale. In questa ottica, R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3389, evidenzia che la somma dei territori degli Stati che formano una squadra equivale, per la durata e la finalità specifica delle indagini congiunte, a uno spazio comune entro il quale la squadra si muove liberamente, senza la necessità di alcuna richiesta di assistenza giudiziaria sotto qualsivoglia forma (di rogatoria o di ordine europeo di indagine penale), sulla sola base dell'accordo siglato con l'atto costitutivo.

¹⁰ E' previsto che la squadra operi secondo le previsioni della legge dello Stato nel quale svolge l'attività di indagine. Ciò significa che potrà ricorrere a tutti gli strumenti investigativi previsti da quell'ordinamento.

¹¹ Nella prima categoria dovrebbero essere inclusi tutti gli atti che sono il risultato dell'attività svolta dalla squadra, mentre nella seconda dovrebbero confluire tutti gli altri elementi di conoscenza acquisiti nel corso dell'esperienza comune, ma non riversati in atti destinati a far parte del compendio investigativo.

¹² Secondo R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3893, la previsione, pur apparendo in linea con l'impostazione del nostro codice di rito, può suscitare perplessità nel caso di acquisizione di atti che, sebbene irripetibili, siano stati compiuti all'estero senza che la difesa abbia avuto la possibilità di intervenire, tutte le volte in cui, invece, tale possibilità di intervento sarebbe stata concessa dall'ordinamento italiano. Una soluzione prospettata dall'Autrice è quella di instaurare prassi virtuose che consentano anche all'estero l'intervento del difensore.

¹³ La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo precisa che tale previsione non comporta che tali atti siano direttamente ed automaticamente utilizzabili nel processo penale dinanzi all'autorità giudiziaria, ma soltanto che sono suscettibili di essere valutati, alla stregua degli ordinari parametri probatori, ai fini dell'utilizzabilità processuale. Pertanto, come aggiunge R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 3894, gli atti ripetibili sono confinati nella fase delle indagini preliminari e dei giudizi consensuali, ed entreranno a far parte del fascicolo del dibattimento soltanto qualora possano essere ricondotti in una delle categorie contemplate dall'art. 431 c.p.p. ovvero siano suscettibili di recupero mediante lettura.

¹⁴ Nota G. De Amicis, *Cooperazione orizzontale*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Milano, 2017, p. 301, che la concreta efficacia dell'istituto, quale valida alternativa allo strumento rogatorio, dipenderà proprio dai coefficienti di utilizzabilità previsti dalle varie legislazioni nazionali.

delle regole dell'ordinamento interno, con riferimento, soprattutto, ai diritti dell'imputato in materia di formazione della prova. L'attività investigativa all'estero, infatti, si svolgerà secondo le regole dell'ordinamento ospitante¹⁵, che potrebbero non coincidere con quelle italiane e che, perciò, potrebbero creare disarmonie nel momento in cui il materiale raccolto dovrà essere utilizzato¹⁶. Tale problematica, poi, è amplificata qualora si instaurino delle prassi in base alle quali il ricorso all'investigazione all'estero è finalizzato non tanto a rimuovere gli ostacoli determinati dalle barriere frapposte dalle singole giurisdizioni nazionali, ma dall'intenzione di utilizzare un sistema meno garantito di svolgimento delle indagini¹⁷.

Dunque, è necessario evitare sia che l'applicazione della *lex loci* consenta l'abuso dell'istituto, sia che il rispetto di tale limite finisca per pregiudicare l'utilità pratica dello strumento.

Come si è accennato, l'utilizzabilità del materiale raccolto può essere congelata, tanto nella procedura passiva che in quella attiva, per tutelare esigenze investigative interne.

Più precisamente, nel primo caso, il procuratore della Repubblica, ai sensi del quinto comma dell'art. 6, può chiedere all'autorità giudiziaria dello Stato membro coinvolto nella squadra di ritardare, per fini investigativi e processuali diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo, l'utilizzazione delle informazioni ottenute dai componenti della squadra e non altrimenti disponibili, se essa può pregiudicare indagini o procedimenti penali in corso nello Stato. Tale vincolo, tuttavia, non può superare i sei mesi.

Allo stesso modo, il procuratore della Repubblica è tenuto a osservare eventuali vincoli, che nelle stesse condizioni e per le medesime esigenze, saranno stati apposti dell'autorità straniera (art. 6, co. 6).

5.

Il coordinamento investigativo.

Venendo alla seconda prospettiva di analisi, ovvero quella attinente ai soggetti che gestiscono la cooperazione, tanto nella procedura attiva che in quella passiva, se si procede per reati di terrorismo, la competenza è affidata al procuratore distrettuale.

L'attribuzione appare coerente con l'impostazione del sistema codicistico, in base alla quale tale soggetto svolge l'attività di indagine e sostiene l'accusa per reati che, per la complessità della materia da affrontare e degli strumenti da utilizzare, richiedono una particolare preparazione tecnica e una apposita articolazione territoriale¹⁸.

Altrettanto coerenti appaiono le disposizioni che impongono al procuratore distrettuale di avvisare il procuratore nazionale antiterrorismo sia nell'ipotesi in cui dia impulso alla creazione di una squadra per soddisfare esigenze investigative nazionali (art. 2, c. 4), sia nella speculare ipotesi in cui riceva una richiesta in tal senso da un'autorità estera (art. 3, c. 3)¹⁹.

Gli avvisi preludono allo svolgimento delle funzioni di coordinamento di cui all'art. 371-bis c.p.p. e di altre che possono sorgere dalla proiezione sovranazionale dell'investigazione.

Il procuratore nazionale, infatti, potrà utilizzare il materiale raccolto in un contesto più ampio della indagine di riferimento, avvalendosi ai fini indicati dall'art. 6 o, al di fuori di un contesto processualpenalistico, ad esempio per iniziative di natura preventiva.

Per altro verso, può immaginarsi anche un ruolo di tutela delle esigenze interne da parte

¹⁵ La decisione quadro e la legge italiana, infatti, hanno impostato lo svolgimento dell'attività investigativa sul rispetto della *lex loci*, contrariamente a quanto previsto nell'accordo italo-svizzero del 10 settembre 1998, che richiede il rispetto della *lex fori* (tale ultima previsione è aspramente criticata da C. M. Paolucci, *Cooperazione giudiziaria*, p. 476, e G. De Amicis, *Cooperazione orizzontale*, cit., p. 301).

¹⁶ In questo senso, G. De Amicis, *Cooperazione orizzontale*, cit., p. 301.

¹⁷ In questa ottica, la preoccupazione più volte palesata dalla dottrina è quella che la prassi della "scelta del foro" – o, se si vuole usare un'espressione anglofona, del *forum shopping* – determini il ricorso all'investigazione all'estero non per effettive necessità procedurali, ma al fine del sistematico aggiramento delle regole interne. A titolo esemplificativo potrebbe richiamarsi il caso appena citato dello svolgimento all'estero di attività non ripetibile, con esclusione dell'intervento difensivo, che, invece, dovrebbe essere assicurato qualora l'atto si svolgesse in Italia.

¹⁸ Deve segnalarsi, tuttavia, che il d.l. 7/15 non ha risolto il problema della c.d. "distrettualizzazione debole" delle indagini in materia di terrorismo (F. ROBERTI, *Il coordinamento*, cit., p. 146).

¹⁹ Secondo G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria internazionale*, Milano, 2016, p. 56, tale disposizione, testualmente, sembrerebbe riservare al procuratore nazionale il diritto a ricevere una mera informativa successivamente all'inoltro della proposta. Senonché, prosegue l'Autore, sembrerebbe ragionevole prevedere che il procuratore nazionale (*ex art. 371-bis c.p.p.*) possa comunque dettare specifiche direttive per ottenere dagli uffici di procura una "preventiva" comunicazione in merito ai casi in cui intendono inoltrare la richiesta di costituzione della squadra, anche al fine di evitare inutili duplicazioni o moltiplicazioni di istanze da parte dei diversi uffici eventualmente interessati sul territorio per i medesimi ambiti investigativi.

di tale soggetto.

Si agisce, infatti, su un terreno delicato, nel quale la divulgazione intempestiva di materiale conoscitivo potrebbe pregiudicare altre indagini.

Il procuratore nazionale, dunque, svolgerà una attività finalizzata a evitare che nella procedura passiva l'instaurazione di indagini sul nostro territorio entri in rotta di collisione con altre indagini, svolte da una procura distrettuale diversa da quella investita della richiesta di cooperazione²⁰.

Identica problematica potrebbe sorgere qualora, conclusa l'esperienza inquirente sul territorio italiano, l'utilizzazione delle informazioni da parte dello Stato membro potrebbe arrecare pregiudizio a indagini nazionali. In simili ipotesi, il procuratore nazionale potrebbe invitare il procuratore distrettuale ad esercitare il potere di congelare l'utilizzazione del materiale raccolto (art. 6, c. 5).

6. Conclusioni.

Solo l'applicazione pratica del nuovo istituto di cooperazione offrirà gli elementi per valutare il contributo che apporterà nel contrasto al terrorismo internazionale, così come consentirà di verificare il costo, in termini di garanzie e tutele processuali, che richiederà.

Sarà compito dell'interprete, quindi, quello di evitare che per un più efficace coordinamento delle indagini tra le autorità giudiziarie degli Stati membri si richieda un inaccettabile sacrificio delle regole del giusto processo.

Al dato meramente tecnico, tuttavia, deve aggiungersi una considerazione di più ampio respiro, che attiene al futuro della cooperazione e ai progetti ancora in cantiere. In questa prospettiva, se è vero che la possibilità di istituire squadre investigative comuni segna un notevole passo in avanti rispetto al sistema rogatorio, è anche vero che il passo definitivo potrebbe essere quello dell'istituzione di una Procura europea competente a svolgere indagini anche in relazione ai reati che sono espressione di un terrorismo non esclusivamente nazionale.

Le offese realizzate da queste organizzazioni, infatti, attingono senz'altro gli interessi e i valori europei, anche più della violazione di leggi tributarie, avverso le quali le istituzioni europee hanno mostrato una impostazione molto rigorosa.

Dunque, se il progetto della Procura europea fosse perseguito con la stessa determinazione con la quale è stato affrontato il caso Taricco, certamente saremmo di fronte a un punto di svolta per l'unione dei popoli europei.

²⁰ Ad esempio, il procuratore nazionale potrebbe agire anche ai sensi del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 29 sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti. Sul punto, tuttavia, si deve osservare che, in quest'ultimo testo, non è previsto espressamente in capo al procuratore generale l'obbligo di informare il procuratore nazionale dell'avvio di contatti con autorità di altri Stati membri, e che un simile incombente può essere ricavato, purtroppo con qualche difficoltà, soltanto in via interpretativa dalla previsione generale dell'art. 371-*bis* c.p.p.

TERRORISMO E PROCESSO PENALE
TERRORISM AND CRIMINAL PROCESS

-
- 176** **La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo**
Francesco Rossi
-
- 191** **Altre “soavi inquisizioni”: le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo**
Enrico Cottu
-
- 208** **Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità e esigenze di effettività**
Rossella Sabia
-
- 226** **Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell’interpretazione conforme**
Susanna Crispino
-
- 239** **Limiti all’extradizione per reati di terrorismo davanti agli obblighi di tutela dei diritti umani**
Beatrice Gornati
-
- 249** **Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi**
Lorenzo Picotti

La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo

The Circular Relationship of National Models in the European Harmonization of Counter-terrorism Criminal Legislation

FRANCESCO ROSSI

Dottorando di ricerca in Diritto e procedura penale presso l'Università di Genova

TERRORISMO, LEGISLAZIONI ANTITERRORISMO,
UNIONE EUROPEA, ARMONIZZAZIONE, MODELLI NAZIONALI,
CIRCOLARITÀ

TERRORISM, COUNTER-TERRORISM LEGISLATION,
EUROPEAN UNION, HARMONIZATION, NATIONAL MODELS,
CIRCULAR RELATIONSHIPS

ABSTRACT

Le organizzazioni sovranazionali e i legislatori dei Paesi membri dell'Unione europea stanno realizzando penetranti interventi di riforma delle normative vigenti di contrasto al terrorismo internazionale. Il presente contributo analizza le fonti penali antiterrorismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa, dell'Unione europea e di alcuni "Stati-modello" allo scopo di mettere in luce i rapporti reciproci e circolari che intercorrono tra tali fonti e, in particolare, l'"incidenza invertita" delle soluzioni normative nazionali sugli strumenti eurounitari di armonizzazione adottati e adottandi in materia di terrorismo.

The supranational organizations and the European Union Member State legislators are carrying out thorough reform measures on the current rules in the fight against terrorism. This article analyses the counter-terrorism criminal law sources of the United Nations Security Council, the Council of Europe, the European Union and of some "Model States" in order to highlight the reciprocal and circular relationships between these sources. In particular, this article stresses how national rules have an "inverted effect" on the European instruments of harmonization adopted and being adopted in the field of terrorism.

SOMMARIO

0. Il percorso tracciato. – 1. Prima tappa: le fonti penali internazionali ed europee in tema di terrorismo e il loro “impatto armonizzante” sugli ordinamenti giuridici dei Paesi UE. – 1.1. Le recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. – 1.2. Le Convenzioni del Consiglio d’Europa e i loro Protocolli aggiuntivi. – 1.3. Le decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI. – 1.4. Gli orientamenti di politica criminale comuni alle fonti antiterrorismo sovranazionali e l’“impatto armonizzante” di queste ultime sui sistemi penali nazionali. Una duplice valutazione critica. – 2. Seconda tappa: le “legislazioni-modello” nazionali di lotta al terrorismo traspositive o comunque attuative delle fonti eurounitarie. – 2.1. Gli eccessi punitivi dei sistemi penali nazionali e il loro rapporto con le fonti penali sovranazionali in materia di terrorismo. – 3. Terza tappa: la proposta di direttiva COM(2015) 625 final sulla lotta al terrorismo attraverso il diritto penale. – 3.1. L’ulteriore potenziamento in chiave preventiva e repressiva della normativa antiterrorismo UE e il rischio di un’armonizzazione differenziata da Stato a Stato. – 4. Quarta tappa: le relazioni tra le fonti penali nazionali ed eurounitarie in materia di terrorismo. – 4.1. L’inasprimento delle legislazioni penali antiterrorismo e il reciproco influsso tra fonti nazionali e fonti eurounitarie. – 4.2. La “responsabilità politica condivisa” per la deriva securitaria delle fonti penali antiterrorismo dell’Unione europea. – 5. Alla fine del percorso: i possibili rimedi eurounitari allo squilibrio sempre più marcato tra la garanzia della sicurezza collettiva e la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo.

0.

Il percorso tracciato.

La dimensione transnazionale dell'emergenza terroristica contemporanea comporta un processo di «internazionalizzazione» della lotta al terrorismo attraverso il ricorso a fonti normative aperte ad apporti di matrice sovranazionale¹. Mossi dall'allarme sociale instillato nella società da tutti i recenti attentati, gli attori della scena politica globale hanno dato il via a un nuovo, incisivo movimento di riforma dei testi penali antiterrorismo vigenti ai diversi livelli ordinamentali. In via di estrema sintesi, tale movimento si sviluppa attraverso il varo di fonti penali tra loro assai eterogenee quanto, essenzialmente: agli *ordinamenti* e ai *legislatori* da cui promanano, di volta in volta nazionali, europei o internazionali; agli *scopi* che perseguono; alle *caratteristiche strutturali* che le connotano; alla *vincolatività* che esse possiedono.

Eppure, nonostante la loro eterogeneità, le fonti in questione appaiono reciprocamente legate da molteplici relazioni che non sembrano esaurirsi nel condizionamento “verticale discendente” del contenuto delle fonti nazionali ad opera delle fonti sovranazionali (le quali ultime si collocano, come noto, al vertice della gerarchia delle fonti).

Nell'arco di un percorso in quattro tappe, il presente contributo intende focalizzare proprio le relazioni che intercorrono tra le “fonti penali multilivello” di lotta al terrorismo, prestando una particolare attenzione alle norme penali nazionali ed eurounitarie recentemente varate e attualmente in discussione per adeguare l'apparato punitivo alla rinnovata emergenza e agli orientamenti di politica criminale cui esse si ispirano.

Nella prima tappa verrà fatto cenno alle principali previsioni di parte generale e di parte speciale delle fonti di *hard law* varate dalle Nazioni Unite, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea in materia di terrorismo, nonché all’“impatto armonizzante” che esse hanno esercitato sulle legislazioni nazionali in tale materia.

Nella seconda tappa si abbozzerà un quadro dei profili più “estremi” delle legislazioni sostanziali antiterrorismo di Italia, Francia, Spagna e Regno Unito². Questi Stati membri sono stati assunti a modello per una minimale indagine comparata al fine di individuare alcune tendenze evolutive comuni ai diversi paradigmi di lotta al terrorismo attraverso il diritto penale, stante che – per ragioni di ordine sia cronologico sia politico-criminale – proprio le soluzioni da essi adottate hanno in buona misura orientato l'attività di normazione europea e internazionale in materia di terrorismo.

Nella terza tappa s'illustrerà brevemente il contenuto della proposta di direttiva sulla lotta al terrorismo tuttora in discussione in seno all'Unione europea, allo scopo di mettere in luce le

¹ In questa sede, il termine “sovranazionale” viene utilizzato in senso lato e generico, così da includere ogni organizzazione «che trascende considerazioni e fini puramente nazionali, che supera le divisioni di carattere nazionale», nonché le normative varate dalle medesime organizzazioni: voce *Sovranazionale* (o *sovranazionale*; anche *soprannazionale* o *sopranazionale*), in *treccani.it*. V. anche A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 10, nt. 1.

² Legislazioni, queste, che come si vedrà paiono solo in parte traspositive di fonti esterne (cfr., *infra*, sub parr. 2 e 2.1).

tendenze evolutive del processo di armonizzazione delle relative legislazioni penali degli Stati membri che le forze politiche stanno promuovendo in sede UE.

Sulla base dei dati emersi, *nella quarta tappa* ci si propone di mettere in discussione la linea di pensiero secondo la quale gli eccessi punitivi delle legislazioni antiterrorismo nazionali spesso censurati in dottrina sarebbero imputabili prevalentemente (se non, addirittura, esclusivamente): agli obblighi di incriminazione formulati dal legislatore europeo e alle istanze spiccatamente preventive e repressive che promanano da questi ultimi; all'assenza o comunque alla inadeguata operatività di un vero e proprio sistema sovranazionale di principi e diritti fondamentali capaci di vincolare il suddetto legislatore nello stesso modo in cui i principi e diritti costituzionali orientano la produzione normativa dei Parlamenti nazionali³; nonché, infine, al *deficit* democratico che secondo alcuni vizia tuttora il *law making process* europeo, nonostante le modifiche apportate a quest'ultimo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴.

A queste quattro tappe seguiranno, infine, alcune *considerazioni conclusive*, dove seguendo il "filo rosso" della ricerca sempre più problematica di un adeguato equilibrio tra il polo della sicurezza collettiva e il polo della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo si effettuerà qualche annotazione critica sul succitato movimento di riforma delle normative penali anti-terrorismo per poi tentare di abbozzare alcune possibili soluzioni "alternative" rispetto a quelle tipicamente ispirate alla consolidata e perversa "logica dell'emergenza"; soluzioni che paiono utili a garantire una maggiore effettività delle norme in materia riportando, al tempo stesso, la politica criminale "regionale" di lotta al terrorismo su binari che strizzino meno l'occhio a forme di «diritto penale del nemico»⁵ e che si rivelino maggiormente rispondenti ai canoni dello "Stato di diritto".

1. Prima tappa: le fonti penali internazionali ed europee in tema di terrorismo e il loro "impatto armonizzante" sugli ordinamenti giuridici dei Paesi UE.

1.1. Le recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Tra le prime e più influenti risposte normative all'emergenza terroristica del recente passato e dei nostri giorni vanno annoverate, innanzitutto, quelle veicolate dall'ordinamento giuridico internazionale attraverso due tipologie di fonti: le Convenzioni delle Nazioni Unite⁶ e le risoluzioni del relativo Consiglio di sicurezza. Queste ultime, in particolare, vengono varate sulla base del cap. VII della Carta delle Nazioni Unite e contengono due diversi tipi di norme: quelle del primo tipo, su cui ci si soffermerà in questa sede, sanciscono obblighi di tutela penale in capo agli Stati membri delle N.U.; quelle del secondo tipo, invece, irrogano sanzioni individuali a carico di soggetti ed enti sospettati di essere coinvolti nella rete terroristica di *Al-Qaida*.

Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite hanno recentemente acquisito un ruolo centrale d'impulso al movimento di riforma delle normative europee⁷ e nazionali⁸ di lotta al terrorismo attraverso il diritto penale. Al pari delle Convenzioni ma con tutti i vantaggi pratici connessi a una ben diversa flessibilità e snellezza procedimentale rispetto alle

³ In questi termini, all'interno della letteratura giuridica italiana in materia di terrorismo, v. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 313 e F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, pp. 140 ss.

⁴ In argomento, per tutti e con diversi accenti, cfr.: A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *questa Rivista*, n. 1, 2012, pp. 58 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, *passim* (in particolare pp. 107 ss.); C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, pp. 279 ss.; da ultimo, G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *federalismi.it*, 19 ottobre 2016, in particolare pp. 10 ss.

⁵ Sull'elaborazione teorica del "diritto penale del nemico" di G. JAKOBS, v. per tutti F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 669 ss. e ulteriori riferimenti bibliografici *ivi* riportati.

⁶ Il riferimento corre, in particolare, alla "Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici con esplosivo" (conclusa a New York il 15 dicembre 1997 ed entrata in vigore il 23 maggio 2001) e alla "Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo" (conclusa sempre a New York il 9 dicembre 1999 ed entrata in vigore il 10 aprile 2002).

⁷ Cfr., *infra*, sub par. 1.3 e 3.

⁸ Cfr., *infra*, sub par. 2.

Convenzioni stesse, tali risoluzioni possono infatti sancire obblighi di incriminazione dotati di un considerevole grado di dettaglio – per quanto riguarda i precetti – in capo ai Paesi membri dell'organizzazione internazionale in questione; Paesi i cui legislatori sono chiamati a trasporre detti obblighi nei rispettivi ordinamenti giuridici in ossequio al rango delle fonti da cui essi promanano.

In questo senso, assume particolare rilievo ai fini dell'indagine svolta in questa sede la risoluzione che il Consiglio di sicurezza ha emanato in seguito all'attentato terroristico verificatosi a Bruxelles il 24 maggio 2014 (risoluzione 2178 (2014) del 24 settembre). In essa s'impone ai Paesi membri delle Nazioni Unite di prevenire e reprimere attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o supporto a favore di individui che intendano viaggiare verso uno Stato diverso da quello in cui risiedono o da quello di origine per finalità di terrorismo, nonché condotte di finanziamento dei viaggi medesimi e delle attività di detti individui (parr. 5 e 6). A tal fine, i legislatori nazionali devono garantire che i rispettivi ordinamenti giuridici prevedano "serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duty reflecting the seriousness of the offense" gli autori di simili condotte (par. 6).

L'interventismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in risposta a situazioni di emergenza terroristica si manifestava in maniera evidente già, in realtà, nella prima metà del decennio scorso. In aggiunta ad alcune risoluzioni aventi ad oggetto le succitate misure individuali a carico di soggetti ed enti di cui si sospetta il coinvolgimento nell'ambiente terroristico⁹, con la risoluzione 1624 (2005) del 14 settembre l'organismo in questione ha infatti imposto ai propri Stati membri di adottare le misure necessarie e idonee a prevenire e reprimere condotte di "incitement to commit a terrorist act or acts" (par. 1, lett. a e b).

Fattori quali l'autorevolezza dell'istituzione e dell'ordinamento da cui promanano, la rapidità di azione-reazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'almeno tendenziale convergenza politica e politico-criminale dei singoli Stati sulle soluzioni e sugli indirizzi adottati da quest'ultimo garantiscono agli obblighi di tutela penale di matrice internazionale una penetrazione capillare all'interno dei sistemi giuridici sia regionali¹⁰ sia nazionali¹¹ e – di riflesso – un significativo condizionamento del contenuto delle rispettive fonti normative in tema di terrorismo.

1.2.

Le Convenzioni del Consiglio d'Europa e i loro Protocolli aggiuntivi.

Passando ora dall'analisi dell'orizzonte normativo internazionale a quello regionale, *sul fronte del Consiglio d'Europa* i maggiori sforzi armonizzanti del legislatore europeo si sono avuti nel 2005: anno in cui, oltre ad essere stata aperta alla firma la Convenzione "sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo"¹², è entrata in vigore – pressoché in concomitanza con la summenzionata risoluzione 1624 (2005) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹³ – la Convenzione "sulla prevenzione del terrorismo"¹⁴.

Come noto, tale Convenzione ha in buona parte anticipato quanto sancito dalla decisione quadro varata dall'Unione europea il 28 novembre 2008¹⁵. *Relativamente alle previsioni di parte speciale*, in particolare, essa obbliga gli Stati parte a corredare di sanzione penale i fatti di "public provocation to commit a terrorist offence" (art. 5), di "recruitment" e di "training for terrorism" (artt. 6 e 7), indipendentemente dalla circostanza che ad essi faccia seguito o meno l'effettiva commissione di un reato terroristico. Al di là della differente tecnica di redazione dei precetti, dovuta essenzialmente al fatto che la decisione quadro in questione interveniva sulla disciplina dell'omologo strumento varato dall'Unione il 13 giugno 2002, i fatti previsti come reato dalle fonti della Grande e della Piccola Europa ora in esame non sembrano appunto presentare alcuna significativa differenza. In ogni caso, inoltre, gli stessi precetti devono essere interpretati

⁹ Si pensi, in particolare, alle risoluzioni 1617 (2005) del 29 luglio e 1618 (2005) del 4 agosto.

¹⁰ Cfr., *infra*, sub par. 1.2, 1.3 e 3.

¹¹ Cfr., *infra*, sub par. 2.

¹² Aperta appunto alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1 maggio 2008.

¹³ Cfr., *supra*, sub par. 1.1, *in fine*.

¹⁴ Aperta alla firma sempre il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1 giugno 2007.

¹⁵ Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio "che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo". Cfr., *infra*, sub par. 1.3.

– per quanto possibile – alla luce della lettera e dello scopo della più volte richiamata risoluzione 1624 (2005)¹⁶, nonché degli atti di *soft law* varati a mo' di sua "interpretazione autentica"¹⁷ e, più in generale, di tutte le norme di diritto internazionale rilevanti in materia di terrorismo, siano esse pregresse o sopravvenute all'entrata in vigore della Convenzione in esame.

Relativamente alle previsioni di parte generale, invece, al pari delle succitate Convenzioni settoriali delle Nazioni Unite¹⁸ l'art. 9 della Convenzione sulla prevenzione del terrorismo obbliga gli Stati parte a punire, sotto l'etichetta di "*ancillary offences*", anche fatti di partecipazione realizzati a titolo di complicità (lett. a), di organizzazione o direzione a favore di altri individui affinché questi possano commettere i reati di cui sopra (lett. b), di supporto di un «gruppo» nella commissione dei medesimi reati (lett. c). Al par. 2, infine, lo stesso articolo vincola gli Stati parte ad adottare le misure necessarie a incriminare i fatti integranti tentativo punibile – ai sensi del diritto nazionale¹⁹ – di reclutamento e di addestramento con finalità di terrorismo, senza dunque includere nel novero degli obblighi di tutela penale sanciti dal Consiglio d'Europa le ipotesi di tentativo di pubblica provocazione a commettere reati terroristici²⁰.

Di pari interesse risulta il Protocollo addizionale del 2015 alla Convenzione sulla prevenzione del terrorismo²¹, le cui previsioni – influenzate, dal punto di vista contenutistico, dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite del 24 settembre 2014²² – obbligano gli Stati parte a incriminare (oltre alla partecipazione alle attività di un'associazione o gruppo allo scopo di commettere o di contribuire alla commissione di uno o più reati terroristici *ex art. 2*) anche il fatto di chi *riceve addestramento a scopo di terrorismo* (art. 3) e di chi *intraprende, organizza, finanzia o comunque agevola viaggi all'estero per il medesimo scopo* (artt. 4-6).

1.3.

Le decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI.

Sempre sul piano dell'orizzonte normativo regionale, allo scopo essenzialmente di garantire una risposta effettiva su scala continentale al fenomeno del terrorismo internazionale e di favorire la cooperazione giudiziaria e di polizia tra le autorità di *law enforcement* nazionali, l'Unione europea ha innescato un processo di penetrante armonizzazione delle legislazioni antiterrorismo degli Stati membri. Attraverso le già richiamate decisioni quadro del 2002 e del 2008 varate in esercizio della competenza penale al tempo sancita dal Trattato di Maastricht così come modificato dal Trattato di Amsterdam (artt. 29 ss. TUE), il legislatore dell'Unione ha infatti assunto un ruolo di primaria importanza nell'ambito del processo di riforma delle suddette legislazioni formulando numerosi obblighi di incriminazione in vista – per l'appunto – dell'introduzione di nuovi reati terroristici da parte dei legislatori domestici.

In via di estrema sintesi, come noto le novità *di parte speciale* introdotte dalla *decisione quadro del 2002* sono rappresentate dalle definizioni della finalità di terrorismo (art. 1) e di «organizzazione terroristica» (art. 2, par. 1), dall'obbligo di incriminazione delle condotte di «direzione» di (art. 2, par. 2, lett. a) e di partecipazione a tali organizzazioni (art. 2, par. 2, lett. b) e dall'obbligo di configurare come «reati connessi ad attività terroristiche» i reati di furto aggravato, di estorsione e di formazione di documenti amministrativi falsi commessi con finalità di terrorismo (art. 3). Le principali previsioni *di parte generale* dello strumento in questione, invece, obbligano i Paesi membri a estendere l'ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici ora richiamate anche ai casi di istigazione e ai fatti commessi da più persone in concorso (art. 4, par. 1), nonché alle ipotesi di tentativo (ad eccezione del tentativo, escluso ai sensi della decisione quadro in esame, di detenzione di armi e di minaccia di commettere atti terroristici: art. 4, par. 2). Inoltre, l'atto normativo UE di armonizzazione penale in materia di terrorismo del 2002 obbliga gli Stati membri a punire i crimini da esso disciplinati con «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» più severe di quelle previste per i corri-

¹⁶ Cfr., *supra*, sub par. 1.1, *in fine*.

¹⁷ Si pensi, ad esempio, alla relazione del Segretario generale delle Nazioni Unite del 27 aprile 2006 "Uniti contro il terrorismo: raccomandazioni per una strategia antiterrorismo globale". Sul tema, cfr. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 536 ss.

¹⁸ V., *supra*, sub par. 1.1, nt. 7.

¹⁹ Cfr., *infra*, sub par. 1.4, nt. 32.

²⁰ Cfr., *infra*, sub par. 1.3, *in fine*.

²¹ Aperto alla firma a Riga il 22 ottobre 2015.

²² Cfr., *supra*, sub par. 1.1.

spondenti reati comuni dal diritto interno e che consentano alle autorità nazionali di emanare provvedimenti di estradizione, in relazione alle fattispecie previste agli articoli da 1 a 4 (art. 5, par. 1 e 2). È inoltre imposta la «reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni» per i fatti di direzione di un'associazione o di un gruppo terroristico e «non inferiore a 8 anni» nei casi di partecipazione dette associazioni o gruppi (art. 5, par. 3)²³.

Sempre in via di estrema sintesi, nel 2008 il legislatore UE è nuovamente intervenuto in tema di terrorismo per modificare e integrare la disciplina configurata dalla decisione quadro del 2002 succintamente descritta al capoverso precedente.

Per quanto concerne le previsioni di parte speciale, sulla scia della Convenzione del Consiglio d'Europa «sulla prevenzione del terrorismo»²⁴ questa nuova fonte penale varata nell'ambito dell'ex terzo pilastro dell'Unione europea ha introdotto nell'ordinamento giuridico UE le fattispecie di: «pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo», la quale punisce «la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio con l'intento di istigare» la realizzazione degli atti terroristici espressamente elencati dall'art. 1, par. 1 della decisione quadro del 2002²⁵, «qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati» (art. 1, par. 1, lett. a); di «reclutamento a fini terroristici», che sanziona «l'induzione a commettere» uno dei suddetti atti, nonché a tenere condotte di direzione di o di partecipazione ad associazioni o gruppi terroristici (art. 1, par. 1, lett. b); e, infine, di «addestramento a fini terroristici», che colpisce «l'atto di fornire per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici» al fine di commettere uno o più atti terroristici²⁶ «nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo» (art. 1, par. 1, lett. c).

Per quanto concerne le modifiche di parte generale, invece, la decisione quadro in esame rimette ai Paesi membri la scelta discrezionale in ordine alla punibilità o meno del tentativo di addestramento e di reclutamento commessi con finalità di terrorismo (art. 1, par. 2). A prima vista, pertanto, la punibilità del tentativo di pubblica provocazione a commettere atti terroristici sembrerebbe essere stata esclusa dal legislatore dell'Unione; eppure, di fatto – fatti salvi i sistemi penali, come quello italiano, in cui la giurisprudenza di legittimità tenta di arginare l'applicabilità del tentativo rispetto ai reati di mero pericolo – tale ipotesi ben può finire con l'essere penalmente perseguita in conseguenza dell'applicazione delle diverse norme di parte generale sul tentativo vigenti in ciascun Paese membro²⁷.

1.4. *Gli orientamenti di politica criminale comuni alle fonti antiterrorismo sovranazionali e l'“impatto armonizzante” di queste ultime sui sistemi penali nazionali. Una duplice valutazione critica.*

Come si evince dall'assai succinta descrizione delle fonti “esterne” di lotta al terrorismo attraverso il diritto penale effettuata nei paragrafi precedenti, *sotto il profilo contenutistico* queste ultime si contraddistinguono per una notevole dilatazione del perimetro del penalmente rilevante e per il tenore spiccatamente preventivo e repressivo degli obblighi di incriminazione da esse imposti ai legislatori nazionali. Le figure di reato delineate dalle fonti in questione dispongono l'incriminazione di atti meramente preparatori, attribuiscono nella costruzione

²³ Fatte salve le ipotesi in cui le condotte di direzione di un'associazione o di un gruppo terroristico siano finalizzate alla commissione di atti di mera minaccia di realizzare ulteriori atti terroristici: ipotesi nelle quali «la durata massima della reclusione non è inferiore a 8 anni» (art. 5, par. 3).

²⁴ Cfr., *supra*, sub par. 1.2.

²⁵ Fatta salva la minaccia a commettere atti terroristici di cui alla lett. i) dello stesso art. 1.

²⁶ Eccezione fatta, anche in questo caso, per la minaccia cui si è fatto riferimento alla nt. precedente.

²⁷ Del resto, parrebbe possibile affermare che la punibilità del tentativo di pubblica provocazione a commettere atti terroristici in forza dell'applicazione delle regole nazionali di parte generale sul delitto tentato sia una soluzione accolta con favore dalla Commissione europea. Nella “Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/919/GAI, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo” (COM(2014) 554 final), infatti, l'“esecutivo europeo” sembra avallare a più riprese i casi in cui – in assenza di una fedele trasposizione delle fattispecie incriminatrici UE da parte del legislatore statale – l'applicazione delle norme domestiche di parte generale consentono di estendere in via “suppletiva” l'ambito di operatività dei reati terroristici nazionali di derivazione eurounitaria.

dei precetti un ruolo centrale alla componente finalistica a discapito della componente fattuale e infine prevedono sanzioni penali severe e comunque maggiori rispetto al massimo editale rinvenibile nei singoli ordinamenti nazionali per i reati comuni corrispondenti.

Sotto il profilo del loro "impatto armonizzante", poi, le fonti penali sovranazionali svolgono un ruolo d'impulso determinante nell'ambito del movimento di riforma delle legislazioni antiterrorismo nazionali. *In primo luogo*, infatti, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite si rivelano per la loro provenienza e struttura – oltre che le più autorevoli – le più pratiche e veloci da adottare in situazioni di emergenza e le più influenti sul contenuto delle fonti penali "concorrenti" a livello sia regionale sia nazionale. *In secondo luogo*, le Convenzioni del Consiglio d'Europa in tema di terrorismo sembrano aver acquisito col tempo una sempre maggiore incidenza sulle legislazioni penali dei relativi Stati parte, intervenendo come una sorta di "fonti interposte" tra le risoluzioni suddette e gli atti normativi eurounitari di armonizzazione. *In terzo luogo*, infine, seppure spesso "arrivano per ultime" rispetto agli strumenti or ora richiamati (recepiscono, almeno in parte, i contenuti salienti), le fonti UE sono indubbiamente dotate di una forza armonizzante particolarmente accentuata, stanti soprattutto i meccanismi di giustiziabilità degli obblighi di tutela penale in esse sanciti azionabili attraverso le procedure pregiudiziali (art. 267 TFUE) o d'infrazione (art. 258 TFUE) dinanzi alla Corte di giustizia. Inoltre, l'attribuzione all'Unione europea di una competenza penale – sia pure concorrente – in materia di terrorismo e il successivo esercizio di detta competenza produce l'effetto di attrarre nell'orbita dell'intero diritto UE tutte le norme nazionali che regolano la materia medesima, indipendentemente dal fatto che queste ultime siano state varate prima o dopo rispetto alle fonti eurounitarie, o ancora in trasposizione di fonti provenienti dall'ordinamento giuridico internazionale o del Consiglio d'Europa.

In particolare, seppure l'operato di fattori vuoi imputabili agli Stati (quali la varietà delle tradizioni penali nazionali²⁸ e i diversi approcci adottati dai legislatori domestici in sede di trasposizione delle fonti succitate²⁹), vuoi imputabili al sistema istituzionale "regionale" (quali le imperfezioni strutturali insite nello schema delle «norme minime», la differente funzione svolta dalle norme penali europee rispetto a quella svolta dalle norme interne varate in loro attuazione³⁰ e la mancanza di una adeguata armonizzazione delle più importanti regole di parte generale su scala continentale³¹) siano forieri di un'armonizzazione "a geometria parzialmente variabile", l'impatto prodotto nei singoli contesti nazionali dalla normativa antiterrorismo varata dall'Unione risulta essere sempre alquanto significativo. La normativa UE in materia di terrorismo è stata infatti recepita o comunque implementata dalla maggioranza dei Paesi del Vecchio Continente³², e le divergenze più evidenti tra le norme penali di parte speciale di tali Paesi nella detta materia sono state ormai in buona parte limiate. Ma vi è di più: *al termine di questa prima tappa*, pare possibile affermare anche che le riforme legislative in tema di terrorismo partorite dai principali Paesi membri dell'Unione contengono al proprio interno disposizioni non mutuata dalle norme UE e caratterizzate dal fatto di esasperare ulteriormente il tono "funzionale-preventivo" e "assiologico-retributivo" che, peraltro, caratterizzano entrambe queste categorie di fonti.

²⁸ Varietà che permane nonostante la generale tendenza a loro superamento o, comunque, alla loro «rimeditazione funzionale» all'avanzamento del processo di integrazione europea in materia penale attraverso opere di «mediazione culturale»: in questo senso, per tutti, v. A. BERNARDI, *Leuropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, pp. 53 ss. e R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2007, pp. 785 ss.

²⁹ Inoltre, mentre per alcuni Paesi UE il modello di lotta al terrorismo attraverso il diritto penale veicolato dalle fonti eurounitarie rappresentava una considerevole novità dal punto di vista politico-criminale, altri Paesi membri disponevano già di un apposito apparato di norme penali antiterrorismo addirittura prima che entrasse in vigore la decisione quadro varata dall'Unione nel 2002: cfr., *infra*, sub par. 2.

³⁰ Sul tema, da ultimo e per tutti, v. A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, cit., pp. 9 ss. (in particolare pp. 39 ss.).

³¹ Nonostante l'Unione europea sembri nutrire un certo interesse nei confronti di una simile armonizzazione (in questo senso, nell'ambito del diritto UE *soft*, cfr. il "Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea", COM(2004) 334 def., 30 aprile 2004, in particolare parr. 3 ss., e, seppure con toni assai più cauti, la "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale", COM(2011) 573 def., 20 settembre 2011), rimane tuttora irrisolta la questione relativa all'esistenza o meno di una competenza "implicita" dell'Unione stessa a varare «norme minime» di parte generale che non si limitino a richiamare regole e istituti così come disciplinati dai diversi Paesi membri ma che ne forniscano, invece, un nucleo contenutistico comune su scala continentale.

³² V. "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/919/GAI", cit., p. 5 e, per maggiori dettagli, il "Commission Staff Working Document" allegato alla medesima relazione.

2.

Seconda tappa: le “legislazioni-modello” nazionali di lotta al terrorismo traspositive o comunque attuative delle fonti eurounitarie.

Alcuni indizi dell'ormai assai avanzata armonizzazione delle fattispecie incriminatrici nazionali in tema di terrorismo possono essere rinvenuti nelle legislazioni penali di Italia, Francia Spagna e Regno Unito. Queste ultime suscitano particolare interesse per le relazioni – per così dire – ambivalenti instaurate con la normativa eurounitaria antiterrorismo vigente³³ o attualmente in discussione in seno alle istituzioni³⁴. *Da un lato*, infatti, durante la fase di preparazione delle fonti dell'Unione i sistemi penali assunti come punti di riferimento nella presente indagine paiono aver fornito al legislatore UE modelli e soluzioni sulla cui base costruire le norme penali «minime» di armonizzazione in materia di terrorismo; *dall'altro lato*, tuttavia, durante la fase di attuazione di tali fonti i legislatori nazionali manifestano in maniera sempre più marcata una tendenza a conformare i propri ordinamenti penali “peccando per eccesso” (e cioè esercitando il margine di discrezionalità residuo in ordine ai giudizi di meritevolezza e di necessità di pena già svolti dal legislatore UE per incriminare fatti ulteriori rispetto a quelli selezionati da quest'ultimo e ancor più lontani dall'offesa al bene giuridico tutelato).

Nel 2015³⁵, la *normativa antiterrorismo italiana* è stata ritoccata dalla legge 17 aprile, n. 43 per introdurre il reato di “organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo” (art. 270 *quater*.1 c.p.)³⁶ e per estendere l'ambito di applicazione delle fattispecie di arruolamento con finalità di terrorismo (art. 270 *quater* c.p.) e di addestramento con la medesima finalità (art. 270 *quinquies* c.p.). In seguito alla legge ora richiamata, in particolare, tali fattispecie assoggettano a pena (peraltro, particolarmente severa), rispettivamente, anche i fatti di chi si arruola (art. 270 *quater*, co. 2 c.p.) e (non solo di chi si addestra, ma anche) di chi si auto-addestra (art. 270 *quinquies*, co. 1 c.p.).

In linea – come presto si vedrà – con le scelte legislative effettuate all'interno degli altri “Paesi-simbolo” nell'ambito della lotta al terrorismo, nel fare terra bruciata attorno ai comportamenti prodromici al compimento di atti terroristici il legislatore italiano si è spinto persino oltre rispetto agli obblighi di tutela imposti dalle fonti UE. Esso, infatti, ritiene meritevole di pena anche le condotte – del tutto assenti all'interno di queste ultime – di arruolamento e di addestramento con finalità di terrorismo “passivi”: e cioè, per l'appunto, di coloro che si arruolano, si addestrano o che persino si “auto-addestrano”.

Lo stesso approccio ulteriormente espansivo del penalmente rilevante rispetto ai già vasti confini tracciati dalle fonti UE pare essere stato adottato anche in *Francia*, ove il legislatore è intervenuto nel 2014 (*Loi* 2014-1353) per introdurre – oltre ai reati di provocazione a commettere atti di terrorismo e di apologia di tali atti (art. 421-2-5 *C.p.*) – la figura dell'«*entreprise individuelle*» (art. 421-2-6 *C.p.*). Quest'ultima, in particolare, sanziona a determinate condizioni (per vero, tutto fuorché restrittive) il compimento individuale di meri atti preparatori che preconizzino un pericolo per la vita o l'integrità fisica delle persone, quali la consultazione abituale di pagine *web* o la detenzione di *files* digitali o documenti di propaganda che provochino direttamente alla commissione di atti di terrorismo o che ne facciano comunque apologia.

Dalla lettura dei precetti costruiti dal legislatore francese con la novella del 2014 si evince, pertanto, che anche quest'ultimo ha adottato una strategia di contrasto al terrorismo internazionale incentrata su una tutela penale a soglia non solo sensibilmente anticipata rispetto alla lesione del bene giuridico protetto, ma anche – nel caso dell'«*entreprise individuelle*» – evidentemente eccedente le fasi prodromiche individuate dalle fonti UE vigenti. Eccessi punitivi di matrice puramente nazionale del calibro di quello appena richiamato, peraltro, possono mettere in grave pericolo i diritti fondamentali dell'individuo: pericolo che si rivela ancor

³³ Cfr., *supra*, sub par. 1.3.

³⁴ Cfr., *infra*, sub par. 3.

³⁵ Ancor più recentemente, inoltre, il legislatore italiano è nuovamente intervenuto con la legge n. 153/2016 per introdurre le figure di “finanziamento di condotte con finalità di terrorismo” (art. 270 *quinquies*.1 c.p.), di “sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo” (art. 270 *quinquies*.2 c.p.) e di “terrorismo nucleare” (art. 280 *ter* c.p.), nonché la confisca obbligatoria – diretta o per equivalente – in caso di sentenza di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti per reati terroristici (270 *septies* c.p.).

³⁶ Per un'analisi di una delle prime pronunce sulla fattispecie in questione, v. 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 *Dir. pen. cont.*, 28 marzo 2017.

più concreto e attuale se si tiene in debito conto anche il diffuso orientamento di “politica giudiziaria” – soprattutto all’interno delle Corti nazionali – teso a riconoscere a tali fattispecie contorni ancor più vasti di quelli già tratteggiati dal legislatore³⁷.

L’aumento e la dilatazione delle fattispecie incriminatrici di condotte prodromiche rispetto all’azione terroristica e il conseguente arretramento della tutela penale a soglie sconosciute persino alle fonti UE sono tendenze che sembrano caratterizzare anche la *legislazione spagnola*. Con l’entrata in vigore della *Ley Orgánica* n. 2/2015, infatti, nel codice penale iberico spiccano ora reati quali: l’«*adoctrinamiento*» – punibile anche se “passivo” – e l’«*adiestramiento*» – comprensivo, oltre che del fatto di chi riceve addestramento, anche di quello di chi si auto-addestra – con finalità di terrorismo e il trasferimento all’estero con finalità di terrorismo (art. 575 *C.P.*); il finanziamento del terrorismo, punibile anche a titolo di colpa grave (art. 576, co. 4 *C.P.*); la pubblica glorificazione o giustificazione del terrorismo e il discredito, denigrazione o umiliazione di vittime di reati terroristici (art. 578 *C.P.*); la diffusione di messaggi o consegne per incitare altri alla commissione di tali reati (art. 579 *C.P.*).

Ma gli eccessi punitivi del legislatore spagnolo non riconducibili a obblighi di incriminazione di origine UE riguardano anche l’ambito dei reati associativi. Oggi, infatti, il codice penale spagnolo predispone un modello non più unitario bensì differenziato, affiancando all’associazione od organizzazione terroristica – sodalizio costruito in linea con i requisiti richiesti dalla normativa eurounitaria – anche il gruppo terroristico, la cui struttura viene invece ricavata (non senza margini di ambiguità) *a contrario* dalle caratteristiche dell’associazione od organizzazione terroristica e il cui trattamento sanzionatorio è per giunta parificato – qualora ne venga provata la finalità di terrorismo – a quello previsto per la più articolata (e dunque più grave) ipotesi di associazione/organizzazione³⁸.

Come noto, tuttavia, il modello nazionale maggiormente emblematico delle tendenze anzidette è certamente quello elaborato *nel Regno Unito*. Al di là delle recenti modifiche apportate dal *Counter-Terrorism and Security Act 2015*, le assi portanti della lotta al terrorismo attraverso il diritto penale sostanziale sono contenute nei *Terrorism Acts* del 2000 – la cui principale novità, come altrettanto noto, era rappresentata dalla definizione generale di terrorismo fornita dalla *Section 1* – e del 2006. Quest’ultimo strumento normativo, in particolare, ha introdotto nell’ordinamento giuridico del Regno Unito reati quali la “*preparation of terrorist acts*” (*Section 5*), il “*training for terrorism*” (comprensivo, anche in questo caso, dei fatti di addestramento “passivo”: *Section 6*), la mera “*attendance at a place used for terrorist training*” (*Section 8*), nonché l’“*encouragement of terrorism*” (sia diretto che indiretto: *Section 1*) e la “*dissemination of terrorist publications*” (*Section 2*).

Le fattispecie incriminatrici disciplinate da quest’ultima *Section*, in particolare, danno implicita attuazione al reato di “pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo” previsto dalla decisione quadro UE del 2008. Il loro contenuto, tuttavia, è foriero di particolari difficoltà e “imbarazzi” ermeneutici, stante la loro sproporzionata incidenza sulla libertà di espressione³⁹ e la loro vieppiù estesa area di competenza, la quale include persino le ipotesi di provocazione volte alla preparazione di atti terroristici – oppure, addirittura, volte soltanto all’istigazione di tali atti – e sottopone a pena persino condotte sorrette dal mero *being «reckless»*.

Come se ciò non bastasse, al *corpus* di precetti maggiormente intransigente all’interno del panorama continentale il legislatore del Regno Unito ha affiancato pene che sembrano varcare ampiamente i confini più remoti della proporzionalità. Basti pensare – a titolo meramente esemplificativo – al reato di “*preparation of terrorist acts*” sopra richiamato, il quale viene

³⁷ In questo senso, per tutti, v. A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., pp. 33-34. La tendenza descritta nel testo pare trovare particolari riscontri nel *case law* delle Corti di merito: a titolo meramente esemplificativo, davvero emblematico – all’interno di un campionario che pare in costante aumento – è il recentissimo caso dell’arresto di un cittadino francese segnalato alle autorità per avere attribuito alla propria rete *wifi* il nominativo «*Daesh21*» in richiamo all’acronimo arabo che indica il Califfato islamico fondato da *Al Baghdadi* e successivamente condannato per il reato di apologia del terrorismo di cui al succitato art. 421-2-5 *C.p.* Alcune Corti nazionali di legittimità, al contrario, praticano talora notevoli sforzi ermeneutici “costituzionalmente orientati” per contenere i suddetti pericoli e per ricavare norme incriminatrici maggiormente in linea con i principi e i diritti fondamentali che governano la materia penale. Per quanto riguarda, a titolo puramente esemplificativo, il panorama italiano, in riferimento ad alcune sentenze della Corte di cassazione in tema di associazione con finalità terroristica, di addestramento con la medesima finalità e di finalità di terrorismo in relazione a manifestazioni di dissenso politico, v. E. FRONZA, *Tutela penal anticipada y normativa antiterrorismo en el ordenamiento italiano*, in *Terrorismo y derecho penal*, a cura di K. Ambos, E. Malarino, C. Steiner, Berlino, 2015, pp. 257 ss. Sempre in riferimento al panorama italiano, v. da ultimo R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2017.

³⁸ Da ultimo e per tutti, diffusamente, v. F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., pp. 283 ss. (in particolare pp. 303 ss.).

³⁹ Cfr. A. HUNT, *Criminal Prohibition on Direct and Indirect Encouragement of Terrorism*, in *Cr. Law Rev.*, 2007, pp. 441 ss.

punito addirittura con l'«*imprisonment for life*». A tutto ciò si accompagnano, infine, regole procedurali speciali e derogatorie rispetto ai canoni basilari del giusto processo penale – tra cui spiccano, in particolare, le svariate ipotesi d'inversione dell'onere della prova dalla pubblica accusa all'imputato – e un articolato sistema di misure “quasi penali” dall'elevatissimo tasso di incidenza sulla libertà personale dell'individuo.

Eppure, mentre *da un lato* la legislazione antiterrorismo eurolunitaria ha avuto un impatto davvero minimo sul sistema giuridico del Regno Unito⁴⁰, *dall'altro lato* la polarizzazione incontrollata della risposta penale predisposta dal legislatore UK verso la prevenzione generale e la mera retribuzione e i chiari e notevoli eccessi punitivi rispetto alle previsioni contenute nelle fonti dell'Unione non hanno impedito al modello in questione di influenzare a più riprese le scelte operate dai legislatori degli altri Stati UE, della Piccola e della Grande Europa e persino dei principali attori della comunità internazionale. Per quanto qui interessa, in particolare, pare evidente come una parte delle soluzioni penali introdotte con il *Terrorism Act 2006* abbiano anticipato – quantomeno nel loro nucleo essenziale – quelle recepite dalla decisione quadro del 2008. Ancor prima, inoltre, un esempio emblematico dell'“incidenza invertita” esercitata dalla normativa antiterrorismo del Regno Unito sull'operato degli organismi sovranazionali è dato dall'“esportazione” della definizione di terrorismo fornita dal *Terrorism Act 2000*, la quale ha rappresentato «una sorta di standard globale [...] alla luce del fallimento delle N.U. di concordare o promuovere una definizione praticabile di terrorismo dopo l'11/9»⁴¹.

2.1. *Gli eccessi punitivi dei sistemi penali nazionali e il loro rapporto con le fonti penali sovranazionali in materia di terrorismo.*

Ricapitolando quanto emerso *al termine di questa seconda tappa*, pare possibile affermare che i legislatori dei Paesi UE succintamente indagati in questa sede tradiscono una tendenza a superare le fonti sovranazionali in termini di rigidità preventiva e repressiva, adottando in particolare soluzioni punitive ancor più rigorose rispetto a quelle imposte dalla disciplina eurolunitaria vigente in materia di terrorismo. Come si avrà modo di verificare nella tappa successiva, il “viaggio di ritorno” dalle suddette legislazioni nazionali alla normativa antiterrorismo attualmente in discussione nelle sedi dell'Unione europea sembra fornire addirittura indizi di quella che potrebbe essere definita un'“influenza invertita” esercitata da tali legislazioni sull'attività del legislatore UE.

3. *Terza tappa: la proposta di direttiva COM(2015) 625 final sulla lotta al terrorismo attraverso il diritto penale.*

Allo scopo di “stare al passo con i tempi” e di adeguare la normativa eurolunitaria alle recenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, le istituzioni UE stanno attualmente discutendo adozione e contenuti di una nuova direttiva sulla lotta al terrorismo attraverso il diritto penale, sostitutiva delle decisioni quadro vigenti e capace di imporre discipline penali antiterrorismo «più coerenti, globali e allineate» su scala europea.

Al pari degli strumenti di *ex terzo pilastro* ai quali la direttiva in questione succederebbe⁴², allo stadio attuale dei negoziati l'obiettivo generale di potenziare ulteriormente il grado di armonizzazione delle legislazioni penali antiterrorismo dei Paesi UE verrebbe perseguito attraverso previsioni sia di parte speciale sia di parte generale dal tenore ancor più marcatamente preventivo e repressivo.

In via di estrema sintesi, *per quanto riguarda i profili di parte speciale*, le principali novità proposte consistono nell'obbligo imposto ai legislatori nazionali di sanzionare penalmente i “viaggi all'estero con fini terroristici” e la loro “organizzazione o agevolazione” (artt. 9-10),

⁴⁰ Al tempo dell'entrata in vigore delle decisioni quadro UE del 2002 e del 2008, infatti, «*the UK had already equipped itself with a comprehensive set of laws against terrorism*»: J. R. SPENCER, “No thank you, we've already got one!” *Why EU anti-terrorist legislation has made little impact on the law of the UK*, in *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, a cura di F. Galli, A. Weyembergh, Bruxelles, 2012, p. 119.

⁴¹ K. ROACH, *Comparative Counter-Terrorism*, New York, 2011, p. 257.

⁴² Cfr., *supra*, sub par. 1.3.

nonché il fatto di “ricevere addestramento” allo stesso fine (art. 8). *In primo luogo*, pertanto, la proposta in esame intende recepire le soluzioni di contrasto al terrorismo imposte dalle fonti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite prima⁴³ e da quelle del Consiglio d’Europa poi⁴⁴; *in secondo luogo*, inoltre, la proposta stessa mira a obbligare gli Stati UE ad incriminare quelle ipotesi di “addestramento passivo” più volte richiamate e – come si è visto⁴⁵ – già incriminate dalle recenti riforme degli Stati membri assunti come modello della presente indagine.

Per quanto riguarda i profili di parte generale, invece, il *quid novi* più significativo della proposta in esame consisterebbe nell’obbligo di punire: il concorso di persone nel compimento di atti preparatori quali l’«atto di ricevere un addestramento», l’«aiutare una persona a ottenere istruzioni» e il «finanziamento del terrorismo» (art. 16, par. 1); l’istigazione a commettere tutti i reati disciplinati dalla normativa europea senza distinzione alcuna (art. 16, par. 2); il tentativo di viaggiare all’estero a fini terroristici e di addestramento o reclutamento con la medesima finalità (art. 16, par. 3).

3.1. *L’ulteriore potenziamento in chiave preventiva e repressiva della normativa antiterrorismo UE e il rischio di un’armonizzazione differenziata da Stato a Stato.*

Giunti *al termine di questa terza tappa*, parrebbe possibile affermare che tutte le opzioni di politica criminale abbozzate e criticate durante le precedenti tappe del percorso tracciato vengano nuovamente riproposte e addirittura potenziate nei nuovi progetti normativi UE. “Allo stato degli atti”, infatti, tali progetti sembrano voler adottare all’interno dell’Unione le politiche criminali, i modelli e le soluzioni adottate altrove (nel Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, con successivo intervento del Consiglio d’Europa, prima; e nei principali Stati UE, poi), formulando disposizioni penali a soglia ancor più anticipata, a impronta ancor più marcata – soggettivistica e dal baricentro ancor più collocato attorno al tipo d’autore coinvolto rispetto a quelle oggi in vigore in sede UE⁴⁶. Inoltre, la concreta operatività di tali disposizioni potrebbe rivelarsi imprecisa e variabile da Stato a Stato: ciò in quanto, *da un lato*, gli istituti di parte generale richiamati dalla proposta in esame (e cioè, si ripete: l’istigazione, il concorso e il tentativo) appaiono potenzialmente idonei a estendere ancor più l’ambito di applicazione dei reati terroristici di derivazione UE; *dall’altro lato*, tuttavia, detti istituti non vengono in alcun modo definiti dal legislatore dell’Unione, cosicché la loro disciplina, interpretazione ed applicazione viene rimessa interamente a ciascuno Stato membro e alle relative – e, talora, ben diverse – tradizioni penali. Pertanto, il reale “impatto armonizzante” eventualmente prodotto dalla direttiva adottanda su quei Paesi membri che non hanno già varato ed “esportato” in sede UE simili soluzioni potrebbe rivelarsi, a giochi fatti, “*jeopardized*” o comunque minore rispetto a quanto auspicato dal legislatore stesso e, in particolare, dalla Commissione europea.

Inoltre, anche i dubbi che tuttora circondano il regime degli effetti giuridici prodotti da direttive che modificano, annullino o – come accadrebbe in caso di approvazione della proposta in esame – sostituiscano decisioni quadro UE vigenti, possono determinare «*heterogeneous conditions*» su scala continentale, contrariamente al progetto istituzionale sancito nel Trattato di Lisbona di garantire una «*single judicial area*» ai cittadini dell’Unione⁴⁷. Ci si potrebbe chiedere, in particolare, quale sarebbe la sorte degli obblighi di incriminazione contenuti negli strumenti di *ex terzo pilastro* all’interno di quei Paesi membri che non sarebbero vincolati dalla direttiva di armonizzazione adottanda⁴⁸. Qualora, infatti, la direttiva adottanda si limitasse a modificare le decisioni quadro vigenti, detti Paesi resterebbero vincolati dalla disciplina posta

⁴³ Cfr., *supra*, sub par. 1.1.

⁴⁴ Cfr., *supra*, sub par. 1.2.

⁴⁵ Cfr., *supra*, sub par. 2.

⁴⁶ Da ultimo e per tutti, cfr. H. HERLIN-KARNELL, *The EU as a Promoter of Preventive Criminal Justice and the Internal Security Context*, in *European Politics and Society*, 2016, Iss. 1, *passim*.

⁴⁷ Sul tema, di recente e per tutti, v. H. SATZGER, *Legal effects of directives amending or repealing pre-Lisbon framework decisions*, in *New Jour. Eur. Crim. Law*, Vol. 6, Iss. 4, 2015, pp. 528 ss.

⁴⁸ E cioè: il Regno Unito, il quale dispone ai sensi degli artt. 2 ss. del Protocollo 21 allegato al Trattato di Lisbona della facoltà di “*opt-in*” e di prendere dunque parte a tale direttiva ma si trova, come noto, ad affrontare i complessi negoziati correlati alla viepiù intricata vicenda *Brexit* ex art. 50 TUE; l’Irlanda, il cui regime all’interno dello SLSG è disciplinato dal medesimo Protocollo; infine, la Danimarca, la quale invece non dispone della facoltà di “*opt-in*” sopra richiamata.

da queste ultime; ma nel caso in questione, ove tale direttiva rimuovesse le stesse decisioni quadro dal quadro delle fonti UE vigenti in materia di terrorismo, si potrebbe invece essere portati a concludere che non residuerebbe alcuna norma antiterrorismo dell'Unione europea capace di vincolare gli Stati membri destinati a non recepire l'eventuale nuova direttiva sulla lotta al terrorismo. Questi ultimi, dunque, riacquisterebbero così una competenza normativa esclusiva in materia di terrorismo, svincolata *in toto* da ogni tipo d'influenza di derivazione eurounitaria⁴⁹.

4. Quarta tappa: le relazioni tra le fonti penali nazionali ed eurounitarie in materia di terrorismo.

4.1. *L'inasprimento delle legislazioni penali antiterrorismo e il reciproco influsso tra fonti nazionali e fonti eurounitarie.*

Il *climax* di anticipazione, prevenzione e repressione che caratterizza l'intero movimento di riforma delle fonti penali di contrasto al terrorismo internazionale nei vari livelli in cui esso si sviluppa sembra generare, sotto svariati profili, momenti di tensione sempre più evidenti con i principi e i diritti fondamentali che governano lo *ius criminale*. Fattori quali – su tutti – il clima di ansia, di paura e di insicurezza collettiva e la logica emergenziale che tale clima instilla e consolida all'interno delle istituzioni, i conseguenti interventi normativi «frutto troppo spesso di frenesie interventiste legate all'emotività del momento»⁵⁰ e il disequilibrio vieppiù esasperato tra il livello di tutela della sicurezza collettiva e il grado di protezione dei principi e diritti fondamentali garantiti all'individuo nella materia penale incidono fortemente sulla qualità, sulla razionalità e talora persino sull'effettività degli stessi interventi di riforma in materia di terrorismo. *In primo luogo*, infatti, questi ultimi vengono assai spesso denunciati in dottrina per la loro illegittimità costituzionale a fronte della violazione dei principi di *extrema ratio*, di sufficiente determinatezza del precetto penale, di materialità e di offensività, nonché di proporzionalità e rieducatività della pena⁵¹. *In secondo luogo*, inoltre, i suddetti interventi di riforma vengono criticati a causa della scarsa applicabilità delle fattispecie incriminatrici da essi disciplinate, stanti il ruolo nettamente preminente svolto – all'interno di tradizioni penali quali quelle italiana e spagnola – dalla fattispecie associativa nell'ambito delle strategie di prevenzione e repressione della criminalità organizzata e l'importanza crescente che sempre la fattispecie associativa sembra inevitabilmente assumere anche in altri sistemi giuridici continentali, in seguito alla trasposizione/attuazione dell'obbligo di incriminazione sancito dall'art. 2 della decisione quadro UE del 2002.

Tuttavia, se *da un lato* il legislatore dell'Unione non è certo esente da colpe (stanti le istanze spiccatamente repressive che comunque promanano dal panorama giuridico europeo), *dall'altro lato* la sommaria indagine svolta in questa sede sembra mettere in luce che gli eccessi punitivi caldeggiati dalla proposta di direttiva sinteticamente descritta nei paragrafi precedenti siano non solo – di fatto – ben accetti a livello nazionale, ma addirittura anche attivamente promossi ed esportati in sede UE dai rappresentanti dei legislatori domestici operanti in seno alle istituzioni dell'Unione. Come si è visto, infatti, fatti quali i viaggi con finalità di terrorismo, l'organizzazione o agevolazione di questi ultimi e l'«addestramento passivo» diretto alla medesima finalità sono già oggi previsti come reato dalle legislazioni degli Stati membri qui presi in esame, sulla scia di quel fenomeno di *over-implementation* delle fonti europee antiterrorismo

⁴⁹ Per un'analisi di questo intricato problema, v. H. SATZGER, *Legal effects of directives amending or repealing pre-Lisbon framework decisions*, cit., in particolare p. 536.

⁵⁰ R. WENIN, *L'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali*, cit., p. 196.

⁵¹ Diffusamente e per tutti, seppure con varietà di accenti e di soluzioni proposte, cfr.: V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., *passim* (in particolare pp. 313 ss.); K. ŠUGMAN STUBBS, F. GALLI, *Inchoate offences. The sanctioning of an act prior to and irrespective of the commission of any harm*, in *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, cit., pp. 291 ss.; con specifico riferimento all'ordinamento giuridico tedesco, v. U. SIEBER, *Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany's recently enacted counter-terrorism law*, *ivi*, pp. 251 ss.; da ultimo, F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., *passim* (in particolare pp. 439 ss.).

cui si è fatto riferimento in precedenza⁵².

4.2. *La “responsabilità politica condivisa” per la deriva securitaria delle fonti penali antiterrorismo dell’Unione europea.*

I modelli normativi costruiti a livello nazionale per rispondere all'emergenza terroristica sembrano dunque essere in fase di progressivo inasprimento per via non soltanto “indotta” dalle fonti UE, ma anche e prima ancora per via “spontanea”. Inoltre, grazie alla convergenza degli attori della scena politica europea sulla “logica dell'emergenza” e alla crescente importanza assunta dal metodo comparatistico in chiave di riforma del diritto vigente⁵³, le risposte penali fornite dai Paesi membri in tema di terrorismo – e, soprattutto, da quei Paesi la cui voce, per ragioni di ordine sia storico sia politico, gode di maggiore prestigio e credibilità nelle sedi istituzionali – sembrano *ricorrere circolarmente* all'interno del Vecchio Continente, alimentando una politica criminale antiterrorismo dai contenuti in larga parte condivisi.

In via di estrema approssimazione, il moto circolare delle soluzioni repressive domestiche emerso in questa sede sembra scandito in tre diverse fasi. *Nella prima fase*, quegli Stati che già si erano muniti di un apparato di norme penali di contrasto al terrorismo a dimensione prevalentemente o esclusivamente nazionale hanno in buona parte condizionato la costruzione dei precetti sovranazionali – e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, delle «norme minime» di armonizzazione UE – nella materia in questione (*influenza “verticale ascendente”, spontanea e concorrente* delle fonti nazionali sulle fonti eurounitarie). *Nella seconda fase*, le stesse «norme minime» UE hanno esercitato un notevole “impatto armonizzante” sulle legislazioni penali domestiche (*influenza “verticale discendente” e indotta* da parte delle fonti eurounitarie sulle fonti nazionali). *Nella terza fase*, infine, le riforme “iper-implementative” elaborate all'interno degli Stati cui si è fatto riferimento nella prima fase esercitano di nuovo un'*influenza “verticale ascendente” e spontanea* sull'attività di produzione normativa del legislatore dell'Unione, il quale – come testimoniato dal contenuto del progetto di direttiva sopra tratteggiato⁵⁴ – si fa trovare pronto a sposare tutte le soluzioni “iper-repressive” adottate e promosse dai legislatori nazionali.

Questo «tendenziale parallelismo riscontrabile tra i Paesi membri e le organizzazioni sovranazionali sul piano delle scelte di politica criminale»⁵⁵ e questa circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali di contrasto al terrorismo internazionale sembrano mettere a nudo una responsabilità duplice degli Stati membri per la deriva securitaria delle fonti penali europee sul tema in questione. Questi ultimi, infatti, ben lungi dal porre in essere “operazioni di ortopedia” atte a proteggere l'ordinamento giuridico nazionale quantomeno da norme UE lesive del «nucleo essenziale» dei fondamentali principi e diritti penalistici – dal “freno di emergenza”⁵⁶ al ricorso in annullamento dinnanzi alla Corte di giustizia⁵⁷ se non addirittura, in via di *extrema ratio*, ai controlimiti, per non parlare del ruolo attivo che i Parlamenti nazionali possono svolgere già nelle fasi ascendente e discendente del *law making process* europeo⁵⁸ –, durante i negoziati non fanno alcunché per bloccare o comunque emendare in senso maggiormente garantista i contenuti delle proposte avanzate in sede UE (“*responsabilità omissiva*”). Inoltre, anche una volta varato l'atto normativo, esasperano appunto ulteriormente tali contenuti adottando a livello nazionale soluzioni ancora più spregiudicate per additare poi gli atti normativi europei come le fonti da cui scaturiscono, senza alcuna via d'uscita, simili norme (“*responsabilità commissiva*”).

⁵² Cfr., *supra*, sub par. 2 e 2.1.

⁵³ Così, all'interno di una vastissima bibliografia: A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, Sez. Saggi, 1996, pp. 59 ss.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Diritto comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, a cura di L. Foffani, Milano, 2006, p. 81; R. SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, a cura di A. Klip, Antwerpen, 2011, p. 245; K. AMBOS, *Comments on the Model Penal Code and European Criminal Law*, *ivi*, p. 230.

⁵⁴ Cfr., *supra*, sub par. 3.

⁵⁵ A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, *cit.*, p. 31.

⁵⁶ Art. 83, par. 3 TFUE.

⁵⁷ Art. 267, lett. b) TFUE.

⁵⁸ V. i Protocolli nn. 1 “sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea” e 2 “sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità” allegati al Trattato di Lisbona.

5.

Alla fine del percorso: i possibili rimedi eurounitari allo squilibrio sempre più marcato tra la garanzia della sicurezza collettiva e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Ricapitolando quanto rilevato *al termine delle quattro tappe* del percorso tracciato, dalla brevissima rassegna delle normative antiterrorismo nazionali e sovranazionali effettuata in questa sede sembra emergere: *in primo luogo*, che tali normative risultano strettamente interconnesse e che, nel panorama europeo, le legislazioni penali di contrasto al terrorismo internazionale degli Stati UE hanno ormai raggiunto un significativo grado di armonizzazione dal punto di vista contenutistico; *in secondo luogo*, che gli Stati stessi stanno influenzando in maniera viepiù evidente l'attività del legislatore eurounitario, promuovendo gli interventi legislativi da essi effettuati a livello nazionale per "trapiantarli" nell'ordinamento giuridico dell'Unione; *in terzo luogo*, che il movimento di riforma delle legislazioni antiterrorismo complessivamente considerato mette in luce l'esistenza di alcune opzioni di politica criminale ormai ampiamente condivise e "scolpite" su scala continentale; *in quarto luogo*, infine, che le opzioni di politica criminale in questione si pongono in contrasto sempre più netto con i principi e diritti fondamentali che governano la materia penale (contrasto per il quale sembra sussistere, si ripete, una "responsabilità politica condivisa" tra l'Unione e gli Stati membri).

I cortocircuiti alimentati da una simile circolarità politico-criminale paiono infatti sempre più evidenti. Le più recenti riforme di lotta al terrorismo attraverso il diritto penale attuate e progettate in Europa rappresentano *un ulteriore passo in avanti* verso il polo della prevenzione e repressione estrema del fenomeno stesso⁵⁹ e *un ulteriore passo indietro* rispetto al polo della tutela dei diritti fondamentali del terrorista reale o presunto. Ritengo, pertanto, che gli strumenti normativi indagati sommariamente in questa sede non garantiscano affatto un adeguato equilibrio tra l'esigenza di assicurare la sicurezza collettiva e la necessità di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo; e che, pertanto, sia necessario un "cambio di rotta" nella lotta al terrorismo attraverso il diritto penale.

Eppure, a fronte di strategie d'azione così affermate in seno a pressoché tutte le istituzioni nazionali e sovranazionali e almeno tendenzialmente acclamate da una buona parte dell'opinione pubblica, individuare possibili soluzioni pare un compito particolarmente arduo. In tema di terrorismo sembra registrarsi infatti una frattura particolarmente evidente tra le linee di pensiero esposte dalla dottrina e le scelte di politica criminale effettuate dai legislatori dei diversi livelli ordinamentali.

In ogni caso, nell'intento ostico se non addirittura illusorio di ricalibrare una circolarità di modelli che risulta problematica in termini assiologici, si potrebbe tentare di suggerire alcuni correttivi verosimilmente percorribili in un triplice arco temporale di breve, di medio e di lungo periodo.

In una prospettiva di breve periodo, un possibile rimedio all'ulteriore deriva securitaria delle fonti antiterrorismo UE parzialmente indotta dagli Stati membri potrebbe essere ravvisato nella disapplicazione delle norme antiterrorismo nazionali più "estreme" per contrasto con il principio di proporzionalità delle restrizioni alle libertà fondamentali dell'individuo e delle sanzioni penali tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶⁰. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta ha infatti acquisito «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, par. 1 TUE), divenendo dunque «idonea a produrre *effetto diretto* negli ordinamenti degli Stati membri»⁶¹: ragion per cui, nel *leading case Fransson*⁶² la Corte si giustifica non ha mancato di riconoscere indistintamente tale effetto a tutte le norme espresse dalla

⁵⁹ In questo senso, da ultimo, v. H. HERLIN-KARNELL, *The EU as a Promoter of Preventive Criminal Justice and the Internal Security Context*, cit., *passim*.

⁶⁰ Art. 49, par. 3 CDFUE. Sul problema della proporzionalità delle sanzioni comminate dagli obblighi di incriminazione UE, cfr. H. SATZGER, *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, Milano, 2013, p. 298. Il rimedio della disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali UE, peraltro, non risulterebbe praticabile in relazione al Regno Unito, il quale – al di là della vicenda *Brexit* – non è vincolato al rispetto delle norme sancite dalla Carta in forza del Protocollo 30 allegato al Trattato di Lisbona.

⁶¹ F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.*, in *questa Rivista*, nn. 3-4, 2014, p. 233.

⁶² Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*.

Carta⁶³. In questo modo, la diretta efficacia di queste ultime potrebbe essere invocata «al fine di monitorare, da una prospettiva “esterna”, [...] quegli abusi dell’etichetta emergenziale, che permettono di incidere su diritti umani fondamentali secondo meccanismi [...] impregnati di quello che è stato definito il “simbolismo efficientista” proprio della politica spettacolare» e di individuare, in definitiva, «standard minimi comuni di tutela dei diritti umani» su scala continentale⁶⁴.

Tuttavia, per debellare i suddetti «abusi dell’etichetta emergenziale», restituire maggiore razionalità alle normative penali di contrasto al terrorismo internazionale e garantire, al tempo stesso, la loro effettiva ed efficace applicazione pare necessario affiancare a una politica giudiziaria maggiormente garantista un programma istituzionale più solido e di più ampio respiro. In particolare, *in una prospettiva di medio periodo* diviene cruciale perseguire seriamente l’obiettivo di istituire una Procura europea sulla base dell’art. 86 TFUE per poi discutere un’eventuale estensione delle sue competenze all’accertamento dei reati terroristici in applicazione del par. 4 del medesimo articolo⁶⁵. La costruzione di una tale Procura, infatti, aggiungerebbe un altro tassello nella creazione di uno spazio europeo di giustizia penale⁶⁶ pienamente operativo e più correttamente bilanciato nel tutelare la libertà e la sicurezza dei cittadini UE: *in primo luogo*, infatti, la previsione di una cornice normativa chiara, uniforme e direttamente applicabile contenuta in una fonte regolamentare UE⁶⁷ agevolerebbe un’azione giudiziaria di indagine e di accertamento dei reati terroristici maggiormente effettiva, efficace e dissuasiva; *in secondo luogo*, inoltre, un quadro normativo sostanziale⁶⁸ e processuale unificato su scala europea in materia di terrorismo⁶⁹ consentirebbe «di superare le logiche ed i limiti tipici della cooperazione tradizionale»⁷⁰ anche in punto di tutela dei diritti fondamentali, rafforzando le garanzie dei soggetti indagati o imputati in procedimenti penali per i suddetti reati⁷¹.

Ma anche a voler sottacere i vari ordini di problemi correlati all’eventuale disapplicazione delle norme antiterrorismo interne e all’istituzione di un Pubblico ministero UE, non sembra possibile ottenere il risultato di una «migliore legislazione penale»⁷² senza prima aver raggiunto i traguardi di un’Unione saldamente ancorata a basi costituzionali coerenti e, in parallelo, di un diritto penale europeo ispirato a una politica criminale razionale. Seppure simili traguardi appaiano – oggi più che mai – di assai difficile realizzazione, *in una più sfocata prospettiva di lungo periodo* soltanto la loro realizzazione e la costruzione di un vero e proprio sistema penale UE facente capo a un edificio «*federal-supranational or confederate-intergovernmental, unified-single-layer or multi-level, centralized or decentralized, etc.*»⁷³ potranno fornire i presupposti necessari a garantire il tanto agognato equilibrio tra sicurezza collettiva e diritti fondamentali e spezzare una circolarità di modelli emergenziali di lotta al terrorismo che si rivela sempre più problematica. Banalmente, infatti, per contrastare efficacemente un fenomeno “anti-sistema” non serve altro che un sistema.

⁶³ V. Corte di giustizia, sent. *Fransson*, cit., punto 45. Diversamente, invece, cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, dove i giudici di Lussemburgo sembrano operare una più cauta distinzione tra principi e diritti e tra norme «atte ad essere applicate direttamente ed orizzontalmente nei rapporti fra privati ed altre prive di tale forza cogente» (V. PICCONE, *Una importante sentenza della Corte di giustizia UE in materia di diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2014, par. 7). In argomento, ma con accento parzialmente critico, v. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di giustizia*, in *questa Rivista*, n. 3, 2013, pp. 249-250.

⁶⁴ I. MARCHI, *Quando l’emergenza non è più l’eccezione. L’esperienza dello Stato di Israele tra terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Ind. pen.*, n. 2/2013, pp. 719-720.

⁶⁵ A favore di questa soluzione, per tutti, v. A. VENEGONI, *Procura Europea e reati di terrorismo: un connubio impossibile? Una riflessione sulle prospettive della cooperazione penale alla luce dei tragici fatti di Parigi*, in *questionegiustizia.it*, 12 febbraio 2015 e, da ultimo, G. BORGIA, *Pubblico ministero europeo: tra presente e passato, nuove prospettive alla luce dei recenti atti di terrorismo*, in *Arch. pen.*, n. 2/2016, pp. 9 ss.

⁶⁶ Artt. 3, par. 2 TUE e 67 TFUE.

⁶⁷ Art. 86, par. 1 TFUE.

⁶⁸ Al par. 2, infatti, l’art. 86 TFUE demanda la concretizzazione degli ambiti di competenza materiale dell’eventuale Procura europea alle “definizioni” dei reati contenute nel suo regolamento istitutivo.

⁶⁹ Risultato che potrebbe essere raggiunto, si ricorda, soltanto attraverso una decisione unanime del Consiglio europeo – previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione – la quale modificherebbe, contestualmente, i parr. 1 e 2 dell’art. 86 TFUE.

⁷⁰ G. BORGIA, *Pubblico ministero europeo*, cit., p. 2.

⁷¹ In questo senso, cfr. A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sotto la potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015, pp. 10-11.

⁷² H. SATZGER, *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 184.

⁷³ J. BÖRÖCZ, *What is the EU?*, in *Int. Soc.*, Vol. 20(2), 2005, p. 154.

Altre “soavi inquisizioni”: le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo

Further “Mild Inquisitions”: Extenuating Punishment as a Reward Paradigm in the Contemporary War on Terrorism

ENRICO COTTU

Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara

PENITIMENTO, PREMIO,
COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA, TERRORISMO
CONTEMPORANEO

REPENTANCE, REWARD,
COLLABORATION WITH THE JUSTICE SYSTEM,
CONTEMPORARY TERRORISM

ABSTRACT

La previsione legislative di un premio per la collaborazione al terrorista pentito è stata parte essenziale della strategia differenziata elaborata durante gli “anni di piombo”. Questa strategia informa ancora il sistema antiterrorismo italiano, nonostante sin dal principio ne siano stati evidenziati i punti di contrasto con un diritto penale costituzionalmente orientato. In relazione al contesto contemporaneo, per un verso, la nuova dimensione criminologica del terrorismo si pone come banco di prova per la utilità dello schema premiale: per altro verso, sul piano della legittimità, la tendenza verso un modello “nemica” nella legislazione antiterrorismo può condurre a nuove involuzioni. La razionalità politico-criminale della strategia differenziata rischia di essere messa in crisi dalla carenza di armonizzazione internazionale che persiste a dispetto del carattere transnazionale della minaccia terroristica. Da un punto di vista sistematico, il ricorso alla tecnica premiale appare legittimato come strumento di eccezione nell’ambito della guerra al terrore o simili “emergenze” ma non più laddove esteso indiscriminatamente all’intera materia penale.

The legislative provision of a reward to the penitent terrorist for collaborating with the justice system was an essential part of the so-called differentiated strategy conceived during the “years of lead”. This strategy is still present in the Italian antiterrorism system, although its points of contrast with a “constitutionally oriented” criminal law were fully outlined from the beginning. With regard to the contemporary context, on the one hand, the new criminological dimension of terrorism is a testing ground for the utility of the reward scheme; on the other hand, in terms of legitimacy, the trend toward a “enemy” model in the antiterrorism legislation may lead to new setbacks. The political-criminal rationality of the differentiated strategy risks being thrown into crisis by the lack of supranational harmonization, despite the transnational character of the terror threat. From a systematic point of view, recourse to the reward technique is legitimized as an exceptional means within the war on terror or similar criminal “emergencies” rather than when it extends indiscriminately to the entirety of criminal matters.

SOMMARIO

1. La continuità silente della “strategia differenziata” nell’ordinamento penale italiano. – 2. I noti problemi di legittimità (dogmatica e costituzionale) sollevati dalle tecniche premiali impiegate contro il terrorismo. – 3. L’indubbia efficacia storica dimostrata da tali tecniche nella sconfitta del fenomeno eversivo. – 4. L’innesto della “vecchia” normativa premiale nell’apparato repressivo del “nuovo” terrorismo e il quesito circa la sua perdurante utilità anche a fronte del mutato paradigma criminologico. – 5. I rischi di una ulteriore esacerbazione dei profili problematici del paradigma premiale, connessi al suo possibile incrocio con la logica nemicale e alla multidimensionalità della lotta “senza quartiere” condotta contro la criminalità terroristica. – 6. Il persistente vuoto di armonizzazione in materia nelle fonti sovranazionali antiterrorismo e le sue ricadute negative. – 7. Conclusioni. Un istituto di lotta e di emergenza che deve rimanere tale, nel quadro di un sistema penale in evoluzione.

1. La continuità silente della “strategia differenziata” nell’ordinamento penale italiano.

Il ruolo svolto dalle norme premiali risulta relativamente in ombra nell’attuale dibattito sulla lotta al terrorismo. Ciononostante, l’architettura della risposta ordinamentale italiana risulta tuttora strutturata secondo la “strategia a forbice” elaborata nella legislazione dell’emergenza, nella quale la “lama” premiale è componente *ab origine* coesistente al dispositivo, al pari del profilo esasperatamente repressivo. Invero, è ancora la lettura di tali norme in combinato disposto con le recenti disposizioni (aggravanti e incriminatrici) in cui si estrinsecano con maggiore evidenza le istanze di inasprimento e arretramento della tutela a dare a queste ultime un compiuto significato politico-criminale.

Il volto (apparentemente) “mite” della strategia differenziata antiterrorismo si può ancora osservare, anzitutto, sul piano della irrogazione della sanzione, essendo tuttora vigenti le disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della “legge Cossiga” (l. n. 15 del 1980) che contemplano una sensibile attenuazione, o persino l’esenzione dalla pena, per il terrorista ravveduto e collaborante, nella specie rispettivamente del “concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l’autorità di polizia e l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove per l’individuazione o la cattura dei complici” ovvero del “colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico che volontariamente impedisce l’evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti”¹.

La medesima strategia segna, vistosamente, anche la fase dell’esecuzione attraverso dettato dell’art. 4-*bis* o. p. che qualifica i reati con finalità di terrorismo come ostativi alla normale fruizione dei benefici penitenziari e delle misure alternative da parte del condannato: ostacolo superabile attraverso il passaggio obbligato della rottura del nesso con i concorrenti e perciò (necessariamente) attraverso la collaborazione contro di essi².

Il paradigma premiale, infine, si articola anche in peculiari branche del diritto amministrativo, tramite previsioni formalmente estranee al profilo sanzionatorio ma ad esso ancillari e non certo prive di valenza incentivante, dalle misure di protezione accordate al “collaboratore di giustizia”³ e i suoi familiari sino alle recenti deroghe alle limitazioni normalmente operanti per la libertà di circolazione e soggiorno degli stranieri “irregolari”.

Merita, tuttavia soffermarsi anzitutto sulle citate disposizioni della “legge Cossiga” col-

¹ Cfr. gli artt. 4 e 5 d.l. 15/12/79 n. 625, convertito con modificazioni nella l. 6 febbraio 1980 n. 15, su cui cfr. in generale il commento di G. CHELAZZI, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1981.

² Su cui v. L. CARACENI – C. CESARI, sub art. 4-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di G. Giostra, F. Della Casa, 5^a ed., Padova, 2015, spec. p. 60 ss.

³ L’art. 9, comma 3, del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, prevede, in relazione a delitti, tra gli altri, “commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine costituzionale”, che “Ai fini dell’applicazione delle speciali misure di protezione, assumono rilievo la collaborazione o le dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale”, in forme peraltro appositamente regolate a seguito della novella operata con la l. 13.2.2001, n. 45. In argomento, M. FUMO, *Delazione collaborativa, “pentimento” e trattamento sanzionatorio. La normativa sui collaboratori di giustizia: esegesi, spunti critici, riflessioni*, Napoli, 2001. Degno di nota, per contro, l’assenza di diramazioni premiali nel settore oggi quanto mai importante delle misure di prevenzione, notoriamente di recente integralmente estese anche in funzione antiterrorismo. Sull’orientamento della giurisprudenza in tema di prevenzione patrimoniale nel senso della mancata elisione del requisito della pericolosità qualificata per effetto di condotte collaborative, cfr. F. SCHIAFFO, *Le funzioni dell’intervento penale tra prevenzione ante delictum e prevenzione post delictum: la pericolosità dei “pentiti”*, in *Crit. Dir.*, 1998, p. 306 ss.

locate sul piano del diritto penale sostanziale (benché -come si vedrà- ultronee rispetto al fatto-reato) e quindi tuttora pietra angolare della strategia premiale antiterrorismo. Ma la particolare importanza delle disposizioni in discorso si coglie anche in prospettiva storica, avendo le stesse coinciso con l'elevazione del paradigma della risposta penale "differenziale" a scelta di sistema⁴. Paradigma da esse incarnato, emblematicamente, davanti alla pubblica opinione e al voto popolare e uscito indenne (con giudizio anzi ampiamente favorevole) dalla consultazione referendaria del 1981, con non trascurabile ricaduta di legittimazione⁵. In tal senso, sia sul piano politico che su quello giuridico, le stesse hanno avuto una valenza seminale, aprendo la strada alle formulazioni normative ancor più accentuate in senso incentivante (benché temporalmente circoscritte) della legislazione complementare susseguitasi⁶.

Nonostante il ruolo di "prototipo", le disposizioni del 1979/80 non hanno esaurito la loro portata precettiva, risultando ancora parte a pieno titolo del diritto vigente; le stesse, infatti, sono state sì temporaneamente derogate ma non abrogate dalle previsioni propriamente di diritto eccezionale successive (di applicazione temporalmente circoscritta⁷), riespandendosi nell'ordinamento con l'operatività originaria, una volta venuto meno l'ambito applicativo di queste ultime⁸.

Oltre a costituire il primo frutto normativo della stagione dell'emergenza, insomma, le disposizioni cossighiane ne hanno comportato il radicamento permanente nel nostro tessuto ordinamentale.

Quanto agli effetti del premio, la novità più saliente può agevolmente individuarsi nell'impatto (soprattutto allora) straordinario sulla pena irrogata. Anzitutto per l'entità del beneficio, potendo consistere o addirittura nella non punibilità o comunque in una diminuzione "da un terzo alla metà". Ma in quest'ultimo caso, il cospicuo vantaggio è dato anzitutto dalla automatica neutralizzazione della aggravante generale per finalità di terrorismo di cui all'art. 1 della medesima l. 15/1980 (tuttora operante rispetto a ogni delitto comune commesso con detta finalità), col suo abnorme aumento della metà della pena intraeditale, per giunta generalmente sottratto al giudizio di bilanciamento con altre attenuanti (salve le eccezioni degli artt. 98 e 114 c.p.).

La diminuzione rientra inoltre, a sua volta tra le circostanze "privilegiate": le attenuanti di cui all'art. 4 (come le successive disposizioni epigone) non rientrano nella comparazione fra circostanze di segno opposto *ex art. 69 c.p.* e si caratterizzano altresì come non facoltative, in quanto conseguono *ex lege* al verificarsi di tutte le condizioni prescritte delle correlate dispo-

⁴ Tale paradigma aveva trovato in precedenza espressione solo in ambito ben più circoscritto, con la peculiare previsione di attenuanti e aggravanti speciali dell'art. 289-bis (in tema di dissociazione, liberazione e/o morte del sequestrato) e della analoga novella dell'art. 630 introdotte dal d.l. n. 59 del 21 marzo 1978, convertito, con modificazioni, nella l. n. 191 del 18 maggio 1978. Al riguardo, e sulla "strategia a forbice" nel suo complesso, cfr. M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale* diretto da F. Palazzo e C. Paliero, IV, Torino, 2010, p. 160 ss. Cfr. altresì l'ampia ricostruzione di A. BERARDI, *Le sanzioni "premiali" nel diritto penale: "dissociazione", "collaborazione" e loro effetti*, in *Trattato sistematico di Diritto penale*, III, *Persone e sanzioni*, a cura di M. Ronco, Bologna, 2006, p. 453 ss.

⁵ Nel referendum del 1981 gli elettori favorevoli al mantenimento della legge furono l'85,2% contro il 14,8% di contrari. Cfr. le *Riflessioni sui referendum del 17 maggio*, editoriale, in *Civ. Catt.*, 1981, II, p. 421, in cui si trova "significativo" che la "legge Cossiga sull'ordine pubblico abbia ricevuto un numero di suffragi assai maggiore di quanti ne ricevette nel 1978 la legge Reale, forse perché si è dimostrata più efficace di questa nella lotta al terrorismo".

⁶ Sulle disposizioni premiali antiterrorismo contenute nella legislazione successiva, come tale caratterizzata dalla temporaneità applicativa, v., per la l. 29 maggio 1982, n. 304, M. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi pentiti*, Milano, 1983; M. MADDALENA, *Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti"*, Milano, 1984; in relazione alla l. 18 febbraio 1987, n. 34, G. CASELLI - M. LAUDI - P. MILETTO - A. PERDUCA, *La dissociazione dal terrorismo*, Milano, 1989.

⁷ Com'è noto, la legge n. 304 prevedeva il limite di applicabilità ai reati iniziati o la cui permanenza fosse anteriore al 31 gennaio 1982, alla condizione che gli imputati si "dissociassero" entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore; la legge n.34 disponeva analogamente che le deliberazioni da essa contemplate si applicassero solo ai delitti commessi o la cui permanenza fosse cessata entro il 31 dicembre 1983.

⁸ Un orientamento giurisprudenziale a quanto consta senza riscontri in dottrina (Cass. pen., Sez I, 10.05.1993, Algranati, in *Cass. pen.*, 1995, p. 53) riteneva il decreto n. 625 del 1979 abrogato implicitamente, *in parte qua*, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. c.c. a seguito della legge n. 304 del 1982 per avere la stessa regolato *ex novo* la materia dei "pentiti" e "dissociati". Tale indirizzo ha però trovato esplicita e puntuale confutazione nella successiva giurisprudenza di legittimità, che si è quindi definitivamente assestata, con argomenti persuasivi, a favore della perdurante vigenza delle disposizioni premiali della "legge Cossiga": cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2007, n. 38260, Banelli e altri, in C.E.D. Cass., n. 237182).

sizioni⁹.

Oltre che per il dirompente effetto sulla dosimetria sanzionatoria, tali norme di favore si caratterizzavano per la natura inedita dei presupposti della loro fruizione (compendiabili nella “dissociazione attiva”) e particolarmente per la non relazione di questi con la dimensione offensiva del reato circostanziato o non punito. Di qui, anche, la difficoltà emerse sia nella qualificazione dogmatica, sia nell’individuazione del loro ambito applicativo: così la diminuzione dell’art. 4 è stata definita una circostanza “solo in senso improprio, in senso atecnico, perché incide solamente sul trattamento sanzionatorio senza toccare minimamente la struttura del reato”¹⁰, mentre nell’esimente dell’art. 5 si è ravvisato un caso anomalo (e sinora unico) di ravvedimento operoso costruito come causa di non punibilità¹¹, di non facile coordinamento rispetto alla disciplina della desistenza e del recesso attivo¹².

D’altro canto, immediatamente evidente nella disciplina in esame è stata la *ratio* della deflessione punitiva, marcatamente improntata alla ricerca dell’efficienza, perseguita anche a scapito della coerenza con il sistema penale, sia sul piano della legislazione ordinaria (e particolarmente col suo nucleo codicistico) che su quello delle direttive costituzionali¹³.

2. I noti problemi di legittimità (dogmatica e costituzionale) sollevati dalle tecniche premiali impiegate contro il terrorismo.

Le misure premiali sono state immediatamente sottoposte (in Italia e altrove) a una penetrante disamina critica, sia con riferimento ai principi informanti la materia penale, sia rispetto al loro rapporto con la nostra tradizione giuridica, sia infine rispetto al carattere e alle funzioni della sanzione.

Quanto ai primi, si è stigmatizzato, anzitutto, la patente violazione del principio di proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado della colpevolezza, che porta senza giustificazione oggettiva né soggettiva a un capovolgimento dei parametri commisurativi *ex*

⁹ In termini Cass. I 18 dicembre 1987, n. 10233, Berardi, RV 179465; nello stesso senso Cass., I 27 ottobre 1998, n. 4906, Atzeni, RV 180970. In argomento v. anche U. LIGUORI, *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *Giust. pen.*, 1998, II, p. 1 ss. Unica eccezione, al momento, sembra rappresentata dal divieto di sub-valenza della recidiva di cui all’art. 99 comma 4, sancito nell’art. 69 come modificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251; articolo, peraltro, già dichiarato illegittimo *in parte qua* con riferimento alla analoga norma premiale di cui all’art. 73 comma 7 d.P.R. n. 309 del 1990 (T.u. stup.) da Corte Cost., sent. n. 24 del 24.2.2016, su cui v. le osservazioni di S. CLINCA, *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell’attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata*, in www.laegislazionepenale.eu, 28.7.2016.

¹⁰ E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 272-273. Per questo motivo vi è chi ha negato *tout court* natura di attenuante alla disposizione in discorso, come ad es. D. SPIRITO, *Riflessioni sulla natura giuridica dell’art. 4 legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Foro nap.*, 1980, III, p. 221. Il peculiare consistente effetto di abbattimento della pena intraeditale la stessa ha inaugurato altresì nel nostro ordinamento la tipologia delle attenuanti ad effetto speciale, sulle cui problematiche applicative v. per tutti

¹¹ In questi termini, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 5^a ed., Torino, 2013, p. 434, n. 11.

¹² Definita “causa personale sopravvenuta di non punibilità” e al contempo “ipotesi speciale di recesso, da mantenere pertanto rigorosamente entro l’ambito del tentativo, quindi non applicabile ai delitti di attentato, nella quale la specialità è data dalla richiesta di comportamenti ulteriori oltre a quello impeditivo dell’evento (e che anch’essi, a loro volta, dovranno avere portato al risultato utile previsto dalla legge)”: così M. ROMANO, sub art. 56, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 2004, p. 613-614. *Contra*, G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 725-726, opina trattarsi di figura di ravvedimento *post delictum* ritenendo che con essa il legislatore «in coerenza alla finalità di creare, nell’ambito dei gruppi terroristici, il c.d. “infiltrato interno” e all’intenzione di tutelare al massimo interessi ritenuti preminenti, ha voluto far operare l’ipotesi di non punibilità in questione nei casi in cui il delitto già commesso (e quindi realizzato e non solo tentato), sia qualificato o dalla possibilità di eventi aggravatori o di eventi costitutivi di circostanze aggravanti speciali comunque dipendenti dalla condotta dell’agente. Ovviamente, accanto all’impedimento dell’evento (aggravatore o ulteriormente aggravatore o costitutivo di circostanza aggravante speciale) occorre che il soggetto abbia fornito elementi di prova determinanti per l’esatta ricostruzione del fatto e per l’individuazione degli eventuali correi». Lo stesso A., peraltro, segnala la tesi per cui l’istituto avrebbe ampliato l’ambito operativo della desistenza volontaria, nel senso che “Se il soggetto...trovandosi ormai oltre i limiti indicati dall’art. 56, terzo comma, ma pur sempre prima del verificarsi dell’evento, pone in essere la condotta dell’art. 5 del d.l. n. 625, impedendo il prodursi dell’evento medesimo e consentendo, nell’ipotesi di esecuzione plurisoggettiva, l’individuazione dei compartecipi, egli fruirlà dell’ulteriore causa di non punibilità descritta dall’art. 5 stesso, in deroga alla contraria regola contenuta nell’art. 56, quarto comma”. La questione rimanda a sua volta al dibattito su presupposti e funzioni dei due istituti, su cui cfr. V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il ravvedimento attivo*, Milano, 2008, p. 115 ss.; e circa le diverse opzioni (e conformazioni) riscontrabili nel diritto positivo, l’ampia indagine storico-comparatistica di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, *passim*

¹³ Sulla ricerca dell’efficienza come grande tendenza della nostra legislazione almeno dall’ultimo quarto del secolo scorso, v. F. PALAZZO, *La politica criminale nell’Italia repubblicana*, in *Storia d’Italia. Annali*, XII, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 873 ss. e altresì D. PULITANÒ, *L’evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica. Atti del Convegno (Bologna, 07-08 marzo 2014)*, a cura di M. Donini, L. Stortoni, Bologna, 2015.

art. 133¹⁴. La censura si intreccia con quella di violazione della eguaglianza, dato che il meccanismo si risolve in una discriminazione del trattamento sanzionatorio a parità di reità, o addirittura in senso inversamente proporzionale rispetto a questa (essendo l'utilità informativa, e, quindi, l'aspettativa di lucrare benefici legata all'importanza del ruolo criminale del collaborante)¹⁵. Ma criticità sono state evidenziate anche rispetto ai principi di legalità/tassatività della pena¹⁶, allo Stato di diritto¹⁷, e, persino, col principio solidaristico¹⁸.

Se ne altresì evidenzia l'estraneità al sistema sotto il profilo strutturale, data la netta divergenza dalle ipotesi di "ravvedimento" dell'impianto codicistico originario. Queste infatti, risulta(va)no coerentemente informate a una funzione "reintegratoria", posto che la attenuazione (o la rinuncia) alla sanzione risponde in esse in primo luogo a esigenze di tutela radicate nella fattispecie storica e trova giustificazione in una dimensione eventualmente anche successiva rispetto alla consumazione ma comunque non estranea all'offesa perpetrata nel fatto storico¹⁹. Al contrario, il "ravvedimento" del collaborante, in quanto imperniato sull'apporto probatorio *erga alios*, si situa su un piano eccentrico rispetto all'offesa arrecata palesandosi inidoneo a essere costruito come "controcondotta" riparatrice.

A più forte ragione, tale disarmonia con il sistema codicistico è apparsa incongruo rispetto a un modello costituzionalmente orientato di postfatto, pur teso a valorizzare la premialità in prospettiva riduzionistica dell'intervento penale²⁰.

Del resto, le dette ipotesi incidono indubbiamente in modo distortivo anche sotto il profilo funzionale della sanzione, trovandosi non solo (come fattore di sproporzione rispetto al disvalore del fatto) in contrasto con il carattere retributivo della pena (contrasto che può apparire particolarmente stridente rispetto a una sfera di criminalità così grave²¹) ma altresì con i suoi possibili orizzonti di scopo.

La legittimazione delle misure premiali in questione, invero, è stata tendenzialmente individuata sul terreno della generalprevenzione²². Seppure intuitivamente rinvenibile, questo asserito fondamento può essere condiviso solo in parte. In effetti, l'effetto deterrente insito nella

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 217. In tal senso anche G. MARCONI, *Normativa premiale in favore di terroristi pentiti e principio del Poenam dignam scelere suscipere*, in *Lo stato della giustizia in Europa, I Convegno, il caso Italia*, Padova, 1985, p. 273 ss.

¹⁵ In quanto dotato di maggiori informazioni, e minore per i gregari (sino, almeno originariamente, alla preclusione per impossibilità di fornire contributi apprezzabili). Sulla proposta di riforma dell'art. 4 -bis, elaborata dalla Commissione Ministeriale di studio in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con d. m. 10.06.2013 ("Commissione Palazzo") e tesa "a trasformare l'attuale presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa", cfr. C.F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni*, editoriale in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2014.

¹⁶ E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale. Atti del Convegno di studio in ricordo di Pietro Nuvolone svoltosi a Courmayeur, 18-20 aprile 1986*, Milano, 1987, p. 126.

¹⁷ Così, in relazione a norme analoghe, B. MÜHLHOFF - U. PFEIFFER, *Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaats oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?*, in *ZRP*, 2000, p. 122 ss. per il contrasto (oltre che con i principi di legalità e di uguaglianza) con il *Rechtsstaatsprinzip* sancito all'art. 20 I del *Grundgesetz*. Con specifico riferimento all'ordinamento austriaco, v. incisivamente K. SCHWAIGHOFER, *Die neue Kronzeugenregelung – effizientes Aufklärungsinstrument oder Kapitulation des Rechtsstaats?* in *39. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie*, Wien/Graz 2011, p. 5-24.

¹⁸ In tal senso, la dottrina portoghese ha specificamente tematizzato l'incompatibilità di istituti di *delação premiada* per la negativa incidenza nella solidarietà nei rapporti sociali: v. G. MARQUES DA SILVA, *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – os princípios democrático e da lealdade em processo penal*, in *Direito e Justiça*, 8, t. 2, 1994, p. 31; J. NELSON DE MIRANDA COUTINHO - E. ROCHA DE CARVALHO, *Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado*, in *Rev. port. de ciência crim.*, 2007, p. 95-107.

¹⁹ Cfr. per tutti O. VANNINI, voce *Resipiscenza*, in *Enc. it.*, XXIX, Roma, 1936, p. 88-89: "Resipiscenza del reo, giuridicamente rilevante, è quel contegno del colpevole, volontario ed efficace a impedire o attenuare o eliminare le conseguenze del reato...L'efficacia esimente o attenuante della resipiscenza del reo, oltre che fondarsi su motivi di giustizia (minore entità dell'offesa al diritto) e su ragioni sintomatiche (minore capacità a delinquere), trova la sua giustificazione anche nell'opportunità di creare nel colpevole motivi d'incitamento a limitare il più possibile gli effetti lesivi dell'infrazione compiuta".

²⁰ In tal senso, nettamente, S. FIORE, voce *Postfatto*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 655-656. V. tuttavia A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 30 ss. per l'opinione che classifica tali misure tra le forme di rinuncia alla punibilità pur sempre "cofunzionali" rispetto alla tutela del bene seppur "diatoniche" rispetto ai principi, perché svincolate dall'offesa storica, ma comunque tali da poter contribuire alla tutela del bene protetto *in extremis*.

²¹ Secondo la posizione teorica che distingue, in relazione ai vari tipi delittuosi, un diverso profilo della pena rispettivamente prevalente, rispetto ai reati gravi di terrorismo la sanzione dovrebbe caratterizzarsi esclusivamente in senso retributivo. In tal senso W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10^a ed., Neuwied-Kriftel, 2002, p. 53 (citato in V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. Dir.*, 2009, p. 179 e n. 44). Diversamente si è rilevato (D. PULITANO, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1005-1041) che la retribuzione-proporzione ha oggi un significato garantistico di soglia massima della pena infiggibile ma non comporta, all'opposto, alcun minimo inderogabile di reazione sanzionatoria. Favorevole anche F. STELLA, *La tutela penale della società, in Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1985.

²² In tal senso C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, p. 530-532. Rileva siano difficilmente armonizzabili con prevenzione speciale diversamente da desistenza e recesso e con la retribuzione ma ravvisa fondamento utilitaristico e generalpreventivo. G. CHELAZZI, *cit.*, p. 7, ritiene la normativa premiale svolga una "funzione latamente preventiva rispetto allo specifico settore di criminalità considerato".

più agevole disarticolazione delle compagini criminali è unicamente indiretto o mediato²³, mentre, poste in rapporto immediato alla comminatoria edittale, le promesse diminuzioni di pena contribuiscono piuttosto a diminuirne l'impatto²⁴. Del resto, a ben vedere, queste ultime trovano autentica ragion d'essere nella insufficienza degli apparati repressivi a conseguire i propri scopi in via ordinaria; in tal senso, indiscutibilmente, tali espedienti *in mitius* "non sono, e non possono essere, espressivi di una *funzione* di prevenzione generale, ma di una *disfunzione* di prevenzione generale"²⁵. Ed anche sotto il profilo della generalprevenzione positiva non si è mancato di notare, persuasivamente, come siffatte deroghe al rigore del trattamento sanzionatorio "minacciato" possano altresì determinare un effetto di disorientamento nei consociati, con riflessi negativi sulla stessa validità ed efficacia della norma punitiva²⁶.

Ma è, soprattutto, rispetto alla prevenzione speciale che la deflessione premiale appare problematica, perlomeno nella misura in cui determina un allontanamento dall'obiettivo, costituzionalmente imposto, della rieducazione²⁷. La "causa" del sinallagma tra reo e ordinamento, sottesa all'elargizione del vantaggio, appare infatti avulsa tanto da logiche ripristinatorie/riparatorie rispetto al fatto, quanto da ogni considerazione personalistica dell'autore.

La deviazione si palesa, poi, particolarmente evidente rispetto al regime differenziato vigente nella fase esecutiva. Nonostante il legislatore si sia richiamato alla "emenda" del reo per giustificare la scelta condizionante la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione (scelta che riguarda *ab origine* la criminalità terroristica), la logica premiale appare francamente in conflitto o quantomeno in concorrenza con la teleologia rieducativa²⁸. Difatti, se da un lato la maturata disponibilità a collaborare non esprime necessariamente risocializzazione (ben potendo essere espressione di mero calcolo), per contro, la sua mancanza viene elevata ad ostacolo insormontabile alla fruizione di opportunità di reinserimento, di cui, altrimenti, il detenuto potrebbe apparire meritevole²⁹. Più in generale, appare comunque ardua la legittimazione rieducativa di idi una strumentalizzazione del reo per fini che lo trascendono³⁰.

Ma ciò che ha destato maggiore inquietudine è il pericolo (brillantemente tratteggiato nell'articolo eponimo di questo contributo) che la tecnica premiale celi un retaggio "inquisitoriale", veicolando un modello di accertamento della responsabilità penale autoritario e com-

²³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 5ª ed., Torino, 2013 p. 504: "La legittimazione di tecniche premiali 'spinte' non può che essere cercata nella prevenzione generale" per il contributo che esse forniscono "al funzionamento della giustizia penale, e *mediatamente* al raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti".

²⁴ Non appare infatti inverosimile un calcolo anticipato di compensare il rischio penale della pena edittale con la possibilità di lucrare il beneficio con un susseguente "ravvedimento"; cfr. in tal senso R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1987, p. 242.

²⁵ Così T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale*, cit., p. 59 che osserva come "Se è vero che la prevenzione generale si esprime in rapporto al sistema punitivo come capacità di attuare i meccanismi coercitivi istituzionali, di esercitare il controllo sociale attraverso gli apparati a ciò destinati, è evidente come le tecniche incentivanti previste dalla legislazione d'emergenza per stimolare la collaborazione processuale del reo siano state introdotte per supplire alla carenza degli strumenti di ricerca e di indagine...l'impotenza a provvedere se non ricorrendo ad una "iniziativa privata" retribuita *extra ordinem* rappresenta la più aperta confessione che gli apparati coercitivi pubblici non sono altrimenti in grado di attivarsi e di operare".

²⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, p. 250-251.

²⁷ D'altro canto si è rilevato come, almeno in via indiretta, consentendo l'individuazione e condanna di pericolosi correi, tali misure incrementino la prevenzione speciale negativa. Cfr. A. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, IV (ma già in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984), p. 337.

²⁸ Si è detto che in questi casi "solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare". Cfr. la relazione illustrativa del Ministro di grazia e giustizia Martelli sul d.d.l. di conversione in legge del d.l. n. 306 del 1992 (in *Atti parlamentari*, Senato della Repubblica, XI Legislatura, n. 328, p. 11 e p. 13). L'assunto è stato pesantemente criticato: L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di Diritto penitenziario*, 3ª ed., Milano, 2011, rimarcano p. 237-238 come, precludendo i benefici ai correi "non narranti", la norma esprima un "incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*" rilevando comunque come con essa si attribuisca "alla pena una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa della pena costituzionalmente imposta". Sulle interferenze e contraddizioni del meccanismo con l'opera trattamentale e il perseguimento della rieducazione *in executivis*, cfr. altresì B. SPRICIGO, *La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Criminalia*, 2013, spec. pp. 624 ss.

²⁹ Specialmente nella applicazione del regime esecutivo di cui all'art. 4 bis alla pena dell'ergastolo si è ravvisato un sacrificio *in toto* del fine rieducativo a esigenze securitarie; in tal senso criticando anche il riferimento "strumentale" della Corte costituzionale, per far salva la norma in discorso, alla teoria polifunzionale della pena, sino a ravvisare nella stessa una "rotonda stradale" che "orientando in tutte le direzioni possibili, disorienta, facendo così smarrire il senso indicato espressamente dalla segnaletica costituzionale". Così A. PUGIOTTO, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Torino, 2016, p. 84-85.

³⁰ T. PADOVANI, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e sulla funzione "promozionale" del diritto penale*, in *Identità del sistema penale*, suppl. a *Dif. pen.*, n. 9/1985, p. 53: "Si verifica così un fenomeno specularmente contrario, ma fondamentalmente omologo, a quello della maggior punizione determinata dal mero allarme sociale insorto per alcuni reati o da emergenze di esemplarità...Certo, la strumentalizzazione in chiave "aggravatrice" addossa un peso che il soggetto non dovrebbe portare, mentre la strumentalizzazione in chiave "attenuatrice" o addirittura "esimente", libera da un peso che diversamente dovrebbe essere accollato. Per il reo, si tratta senza dubbio di esiti tutt'altro che differenti, ma per l'ordinamento la sostanza non muta: in entrambi i casi la persona viene ridotta a mezzo della punizione (o della non punizione), in vista di un fine superiore alla dimensione delle sue responsabilità".

pulsivo, sebbene improntato a metodi non coercitivi (se non addirittura complementare all'uso di questi): sicché "L'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa, ispirata all'intervento diretto sull'imputato che viene sollecitato a trasformarsi in mezzo di prova"³¹.

In questa prospettiva, la logica premiale risulta passibile di inquinare l'intero sistema penale, tanto sul versante sostanziale che su quello processuale: il primo piegato (sino alla deformazione) ad esigenze di provvista probatoria, il secondo gravitante sulla chiamata in correità, tanto più insidiosa perché ottenuta dietro remunerazione³². Più radicalmente, non si è mancato di denunciare un siffatto meccanismo pressorio sul reo come espressione di una amoralità dell'ordinamento, ravvisando nel pentimento coatto (perché sotto la minaccia della pena "dispensata") una forma di violenza, anche simbolica, dell'apparato statale improntata all'alternativa tra "consenso o repressione"³³.

3.

L'indubbia efficacia storica dimostrata da tali tecniche nella sconfitta del fenomeno eversivo.

Se si considera isolatamente il profilo della efficienza delle norme in discorso (senza, quindi che questa considerazione incida di per sé sulla validità delle critiche dianzi esposte in via di principio) appare, peraltro, difficile contestare, almeno in Italia, la loro considerevole rilevanza per la sconfitta del "terrorismo interno".

Il tema si inserisce nel più generale dibattito storiografico sul tramonto della emergenza eversiva e sui legami di causa - effetto intercorrenti tra la reazione statale (punitiva e premiale) e la crisi politica del terrorismo (sia interna, sia di consenso)³⁴. Ma anche a voler ritenere le norme su pentiti e dissociati come disciplinanti un fenomeno già in atto, rimane che le stesse (le si situi a monte o a valle di detta crisi) hanno fornito un contributo determinante alla disgregazione delle compagini terroristiche, con impatto tanto più evidente dal repentino calo del numero degli attentati³⁵. Tale successo, come è noto, è stato tale da portare alla trasposizione della strategia premiale (rivelatasi anch'essa alla prova dei fatti indubbiamente proficua, in termini di "lotta") nei confronti della emergenza, a lungo ingravescente, e infine conclamata, della criminalità organizzata di tipo mafioso³⁶.

Venendo all'oggi, dal punto di vista formale, niente consente di dubitare della operatività delle norme premiali anche rispetto ai reati terroristici "contemporanei" connotati da estremismo religioso o comunque apolitico, stante la generale operatività, anche rispetto ad esse, della

³¹ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 541.

³² Sui rischi connessi alla c.d. "cultura del pentitismo" e la sua filiazione dalla "cultura dell'emergenza" v. il dibattito riportato in R. LI VECCHI, *La "chiamata di correo" e la sua attendibilità attraverso le decisioni della Suprema Corte ed il pensiero della dottrina*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 211; nonché G. FIANDACA, *La "chiamata di correo" fra tradizione emergenza e nuovo garantismo*, in *Foro it.*, 1986 (II), p. 531. Sulla (non risolutiva) attuale disciplina sull'apporto del "correo narrante" prevista all'art. 192, commi 3 ss., c.p.p. e la relativa problematica (in primis quella dei "riscontri esterni" delle dichiarazioni) v. almeno F. CORDERO, *Procedura penale*, 9a ed., p. 624 e ss., nonché 1018 e ss. per il rilievo che "L'argomento è venuto alla ribalta negli anni Ottanta, suscitando logomachie piuttosto sterili: pentimento e confessione, con relativi lucri *quoad poenam*, erano diffusi nei processi a terroristi..."

³³ V. in tal senso, di recente, quanto ribadito da A. PROSPERI *L'esperienza della storia italiana, antica e recente in Speciale Quest. Giust.*, Settembre 2016, p. 24-25: "... il vocabolario della giustizia di allora ci pone davanti all'emergere di una strumentazione mentale remota, rimasta sepolta appena sotto la superficie della modernità italiana: quella delle convinzioni religiose e delle pratiche di evacuazione del male dei secoli medievali. Tale fu il caso della elaborazione di una legge per i pentiti e delle forme elaborate per misurare l'efficacia del pentimento, che portò di nuovo in auge termini e modi di pensare che erano nati nei secoli della storia moderna italiana negli spazi coperti dal tribunale ecclesiastico della penitenza e da quello sempre ecclesiastico dell'Inquisizione dell'eretica pravità."

³⁴ In tema, cfr. E. CHENOWETH, *Italy and the Red Brigades: The Success of Repentance Policy*, in *Countering Terrorism and Insurgency in the 21st Century. International Perspective*, vol. 3, *Lessons from the Fight against Terrorism*, a cura di J.J.F. Forest, London, 2007, p. 362; T. HOF, *The success of Italian anti-terrorism policy*, in *An International History of Terrorism. Western and non-Western experiences*, a cura di J. M. Hanhimäki, B. Blumenau, London-New York, 2013, p. 100 ss.; A. CENTO BULLI, P. COOKE, *Ending Terrorism in Italy*, London, 2013; G. M. CECI, *Il terrorismo italiano. Storia di un dibattito*, Roma, 2014, *passim*; M. GALFRÉ, *La guerra è finita. L'Italia e l'uscita dal terrorismo 1980-1987*, Roma-Bari, 2014.

³⁵ Cfr. G. BRUNETTA, *Atti di terrorismo in Italia (1968 - 1982)*, in *Agg. soc.*, 1983, p. 455-473.

³⁶ Rispetto alla quale è come è noto stata introdotta sulla falsariga della normativa emergenziale la attenuante detta della "dissociazione attuosa" (art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152); al riguardo v. D. FONDAROLI, *Profili sostanziali dei d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modifiche nella l. 12 luglio 1992, n. 203, e 31 dicembre 1991, n. 346, conv. nella l. 18 febbraio 1992, n. 172*, in *Mafia e criminalità organizzata*, II, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, Torino, 1995, p. 662 ss.; da ultimo, con ampi riferimenti giurisprudenziali, G. AMARELLI *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in *Trattato teorico pratico di Diritto penale* diretto da F. Palazzo e C. Paliero, XII, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015, p. 197 ss.

“finalità di terrorismo” tanto più a seguito della ampia definizione fornita dall’art. 270 *sexies*³⁷. Tuttavia, le specificità dell’emergenza (indiscutibilmente tale) manifestata dal terrorismo contemporaneo, ma anche le specificità della reazione ad esso) autorizzano rinnovati interrogativi teorici e pratici sulla tecnica premiale, sia sul piano dell’efficacia che su quello della legittimità.

4.

L’innesto della “vecchia” normativa premiale nell’apparato repressivo del “nuovo” terrorismo e il quesito circa la sua perdurante utilità anche a fronte del mutato paradigma criminologico.

Il primo quesito concerne la perdurante utilità della strategia differenziata (retaggio storico della emergenza eversiva) anche rispetto alle mutate coordinate criminologiche del terrorismo contemporaneo³⁸.

Al riguardo, si pone il dubbio, in primo luogo se il terrorista islamico rappresenti un tipo d’autore, diversamente dal terrorista ideologico, refrattario all’incentivazione premiale. La cieca determinazione del kamikaze, il suo intento omicida-suicida sembrerebbe infatti escludere in radice la sua stessa motivabilità sia attraverso la minaccia della pena che l’offerta di una rinuncia ad essa³⁹.

Sotto altro punto di vista, lo scopo fondamentale dei premi per la collaborazione – la disgregazione della compagine associativa – potrebbe risultare frustrato dalla diversa dimensione organizzativa assunta dal terrorismo odierno rispetto al suo predecessore degli “anni di piombo”⁴⁰; se quello appariva gerarchico e verticistico (sul modello dello Stato cui era antagonista) il terrorismo estremistico appare decentrato, o, se si vuole diversamente aggregato, passato anch’esso (per riprendere una terminologia impiegata con riferimento alla realtà giuridica contemporanea) dal modello piramidale a quello della rete⁴¹. Da ultimo, capace di avvalersi di forme di collaborazione occasionale di singoli “lupi solitari” o simpatizzanti, soggetti comunque non organici a nessuna struttura in pianta stabile.

Tuttavia, tali possibili riserve sulla utilità dello strumento premiale rispetto al terrorismo “apolitico” di matrice fondamentalista non appaiono insuperabili.

Invero, una affermazione assolutamente perentoria della perdita di attrattiva del premio rispetto a tutti i suoi potenziali interessati risulterebbe viziata da un errore prospettico. A prescindere dalla natura aprioristica di tale valutazione (non potendo escludersi evoluzioni anche nella psicologia del terrorista inveterato), la stessa non pare tener adeguatamente conto

³⁷ In giurisprudenza è anzi emerso come nei casi in cui è disgiunto da un *modus operandi* di specifica violenza terroristica (strumentale e indiscriminata) la “tradizionale” finalità politica eversiva rilevi ai soli fini del reato associativo di cui all’art. 270 e non anche rispetto all’art. 270-bis (ma non potendo al contempo nemmeno integrare l’aggravante generale di cui all’art. 1 l. 15/1980); cfr. Cass. pen., Sez. V, 23.2.2012, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3329 con nota di R. BARBERINI, “Sovversivoi, non terroristi”: la Corte di cassazione offre una rivoluzionaria interpretazione dell’art. 270-bis.

³⁸ E. ROSTI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 159 pur non dubitando della applicabilità al terrorismo internazionale degli artt. 4 e 5 l. 15 del 1980, si chiede se non sarebbe stato possibile riprodurre, se del caso tramite espresso rinvio e con opportuni adattamenti, le più incisive norme premiali già previste dalla legislazione premiale temporanea. Critica anche la mancata previsione di strumenti premiali in concomitanza alla novella dell’art. 270 bis A. LATINO, *I nuovi reati di terrorismo internazionale*, in *Temi Romana*, 2002, I, p. 66-67 (sull’errato presupposto, tuttavia, della avvenuta abrogazione di quelle contenute nel d.l. n. 625/1979 da parte della disciplina temporanea successiva).

³⁹ Cfr. l’intervista Claus Roxin über die geplante Wiedereinführung der Kronzeugenregelung, in *Der Spiegel*, 44/2005 (in cui l’illustre A. a proposito della discussa reintroduzione della normativa premiale per i collaboratori di giustizia la riteneva una misura dotata di “überwiegend symbolische Wirkung” ma “praktisch nutzlos” in rapporto al terrorismo dei kamikaze islamici. Per analogo scetticismo sulla speciale *Kronzeugenregelung* (da ultimo effettivamente reintrodotta) in relazione ai crimini di terrorismo cfr. C. FRÖBA, *Die Reichweite des § 129a StGB bei der Bekämpfung des transnationalen islamistischen Terrorismus*, Frankfurt am Main, 2009, p. 59 e ss. Dubitativamente, in argomento, cfr. R. RAFFAELLI, *La riesumazione dell’art. 4 legge n. 15 del 1980, per i ‘pentiti’ del nuovo terrorismo*, nota a Corte d’Assise d’appello, Bologna, sentenza 05/07/2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3885 ss..

⁴⁰ Si è parlato al riguardo di “confederazione informale di cellule”; così A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie, S. Seminara, Padova, 2007, p. 172. Nutre scetticismo anche in forza di questa mutata struttura organizzativa, D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, III, Torino, 2005, p. 1619.

⁴¹ F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Sulla accertata “costruzione piramidale” caratterizzante la organizzazione “Brigate Rosse”, cfr. Cass., Sez. I, 17.2.1986, in *Giur. it.*, 1988, II, p. 89. Neanche l’affermarsi di una entità statale sotto il controllo di una delle maggiori sigle terroristiche fondamentaliste sembra averne intaccato la natura “liquida” ed espansiva così come il *modus operandi*. V. A. VEDASCHI, *Da al-Qa’ida all’IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 41 e ss.

della fondamentale tendenza ravvisabile nella politica del diritto antiterroristica (non ancora esauritasi) verso la espansione e anticipazione della tutela penale, mediante fattispecie sempre più esasperatamente prodromiche rispetto alla paventata offesa finale: sia ampliando ulteriormente il modello della partecipazione associativa sia estenuando i noti schemi dei delitti di attentato, nonché dei reati di sospetto e dell'istigazione⁴².

Una volta che si proceda una lettura delle tecniche premiali alla luce di tale materiale normativo, si perviene a un ben più ampio orizzonte di applicabilità che autorizza differenti pronostici. Emerge, infatti, come destinatari della sollecitazione "soave" sia non solo e non tanto l'aspirante kamikaze, quanto piuttosto il soggetto della cosiddetta area grigia dei fiancheggiatori sempre presenti a lato degli "incorruttibili": il soggetto, insomma, che seppur con vario titolo e movente coinvolto con l'impresa terroristica ha ancora qualcosa da perdere, e rispetto al quale è ancora sensibile tanto la minaccia sanzionatoria quanto lo stimolo di una sua mitigazione⁴³.

Anche sotto sotto il profilo organizzativo, un verdetto di obsolescenza delle norme premiali appare quantomeno prematuro. Se, da un lato, l'assenza di struttura "arborescente" in favore di una "rizomatica" rende arduo immaginare una *debellatio* della rete terroristica nella sua interezza, o comunque una decapitazione con effetti esiziali per le altre "cellule", al tempo stesso la natura destrutturata rende le compagini permeabili ad apporti esterni e quindi, verosimilmente, a stimoli disgregatori.

Ad ogni modo (ad onta delle diffidenze sopra ricordate) si deve constatare che lo strumento della tecnica premiale, anche in relazione alla nuova dimensione del fenomeno criminale terroristico, gode ancora della fiducia delle istituzioni e in particolar modo della magistratura inquirente specializzata. Fiducia cui non sono mancati i primi riscontri, se come pare anche sul fronte del "nuovo" terrorismo, nel nostro paese, alcuni risultati investigativi sono già stati conseguiti attraverso lo strumento della collaborazione⁴⁴.

Assistiamo peraltro a un'evoluzione quasi paradossale: a fronte delle possibili (e talora reali) derive disumane della lotta al terrorismo "con ogni mezzo", l'esperienza normativa e applicativa della collaborazione di giustizia, a lungo deprecata come precipitato di "inconscio inquisitorio" viene ora rivendicata (certo anche in forza dell'esperienza della lotta antimafia) quasi come parte qualificante dell'ordinamento italiano e della sua stessa civiltà giuridica⁴⁵.

La rinnovata scommessa sul complice come fonte di prova, peraltro, almeno in questo specifico settore non pare spiegabile unicamente in termini di continuità normativa e di prassi con la pregressa esperienza della lotta alla criminalità organizzata interna che ha caratterizzato gli apparati repressivi italiani⁴⁶. Invero, almeno a seguito delle più recenti aggressioni di vasta portata, l'esigenza di introdurre una normativa premiale è stata avvertita anche in ordinamenti nazionali alla cui tradizione era rimasta sinora del tutto estranea; in tal senso è emblematico il caso del Belgio, ove il tema dello "statuto del terrorista pentito" si è immediatamente imposto

⁴² Cfr. AA.VV., *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Torino, 2016 (e *ivi* particolarmente A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, p. 3 ss.); A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 232 ss.

⁴³ V. ad es., in questo senso, il caso emblematico al centro del *reportage* di M. ANDREOLI, *Il telefonista di Al Qaeda. La confessione del primo terrorista pentito della jihad in Italia*, Milano, 2005.

⁴⁴ Cfr. A. SPATARO "Si tratta di conclusioni cui si può agevolmente pervenire, nell'ottica e sulla base dell'esperienza dell'investigatore, grazie alle dichiarazioni rese dai collaboratori processuali che in Italia, anche in questo campo, si sono manifestati" in *Speciale Quest. Giust.*, settembre 2016, p. 169. Si tratta di fiducia peraltro accordata non solo nel nostro paese: cfr. K. PFLIEGER – A. STRIEWISCH, *Neue Kronzeugenregelung?*, in *Die Kriminalpolizei*, n. 3/2006, p. 93 ss., per cui (in antitesi alla ricordata posizione di C. ROXIN) proprio l'emergenza del terrorismo islamista avrebbe dovuto portare a reintrodurre in Germania nuove norme per la collaborazione premiale replicanti quelle di durata transitoria già sperimentate contro il terrorismo interno (il nuovo *Kronzeugenregelung* è poi stato adottato nel 2009). Per un opposto punto di vista critico e defensionale, cfr. per interessanti riferimenti alle chiamate in correità in processi per terrorismo fondamentalista italiani (nonostante il generale tono apologetico) C. CORBUCCI, *Il terrorismo islamico. Falsità e mistificazione all'esito dei casi giudiziari, delle risultanze oggettive e delle indagini geo-politiche, storiche e sociologiche*. Roma, 2011, spec. p. 629 e ss.

⁴⁵ F. ROBERTI, *Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative*, in *Speciale Quest. Giust.*, settembre 2016, p. 61: "L'Italia è già riconosciuta nelle sedi internazionali per la sua cultura del coordinamento, della cooperazione e delle garanzie individuali. Abbiamo affrontato e vinto il terrorismo interno con la sola forza del diritto e con lo strumento dei collaboratori di giustizia. Da oltre venti anni ci misuriamo con il terrorismo internazionale di matrice islamista. Poniamo al servizio della comunità internazionale questa grande esperienza".

⁴⁶ Vero che l'esperienza italiana sul punto sembra essere stata, in termini comparativi, quella coronata da maggior successo: v. M. VON TANGEN PAGE, *Prisons, Peace and Terrorism. Penal Policy in the Reduction of Political Violence in Northern Ireland, Italy and the Spanish Basque Country, 1968-97*, Houndmills/London, 1998, spec. p. 157 ss., per interessante paragone col relativo fallimento della parallela strategia differenziata britannica contro il terrorismo in Irlanda del Nord (c.d. "supergrass scheme" o "supergrass system").

sullo sfondo delle indagini sugli attentati di Parigi del 13 novembre 2015⁴⁷.

Ne emerge in definitiva la percezione che la politica penale premiale rappresenti tuttora uno strumento quanto mai attuale (quantomeno per le aspettative in essa riposte) anche nella lotta al “nuovo” terrorismo.

5. I rischi di una ulteriore esacerbazione dei profili problematici del paradigma premiale, connessi al suo possibile incrocio con la logica nemicale e alla multidimensionalità della lotta “senza quartiere” condotta contro la criminalità terroristica.

Il guadagno promesso o sperato sul piano della efficacia, deve, tuttavia, preludere altresì ad una attualizzazione del costo della tecnica premiale, nei termini dell’entità (e dei limiti di accettabilità) della deviazione che la stessa implica rispetto ai principi ordinari; e a tal riguardo, non va sottaciuto come l’innesto nel nuovo tronco del diritto di “lotta” esponga detta tecnica a rischi di esacerbazione antigarantista neigà noti aspetti problematici⁴⁸.

La prima inquietudine è data dalla possibile intersezione con forme del “Diritto penale del nemico”; paradigma che, com’è noto, trova nella “guerra al terrore” il suo ambito principale di estrinsecazione⁴⁹.

A primo acchito, la sollecitazione premiale sembrerebbe incompatibile con le premesse teoriche di questo paradigma bellicista: il nemico assoluto della società in quanto può e deve esser annientato o, in termini più asettici, inderogabilmente e assolutamente neutralizzato, dato che la sua caratterizzazione antagonista (incompatibile con aspettative di conformità all’ordinamento) lo estromette da ogni orizzonte rieducativo⁵⁰. Ma è chiaro che la contraddizione potrebbe risultare solo apparente: invero proprio la completa obliterazione di ogni aspetto personalistico della pena (tanto più predicabile se il terrorista-nemico è ritenuto “non persona”⁵¹) rende proficuo un inserimento nell’armamentario bellico della strategia differenziata, e, anzi, un suo potenziamento, nella misura in cui si rivela utile mezzo di rottura del fronte avversario e quindi di annientamento del nemico collettivo. Potenziamento che avverrebbe con la più completa strumentalizzazione del nemico “disertore”, rispetto alla quale logicamente nessuna limitazione potrà essere opposta richiamandosi a principi propri del “diritto

⁴⁷ V., a tal proposito, le considerazioni espresse dal Procuratore federale belga Van Leeuw in ordine alla possibile collaborazione da parte dell’unico terrorista coinvolto nella realizzazione della strage di Parigi a *De Standaard* del 20/02/2016, nonché, dopo la sua cattura a Bruxelles, nella conferenza stampa congiunta col Procuratore di Parigi Molins (ad es. in *Le Soir*, 22.03.2016) e le correlate istanze *de jure condendo* (“Il est primordial, en droit belge, de pouvoir donner la possibilité à une personne de revenir en arrière, cela pourrait nous aider peut-être à éviter des drames énormes comme nous avons connu à Paris.”) Al riguardo sono attualmente pendenti due proposte di legge in materia alla *Chambre des représentants* (cfr. 54^e législature, documenti nn. 0629/001 e 2193/001).

⁴⁸ Criticità, è il caso di sottolineare, condivise e rilevate con accenti analoghi in pressoché tutti i paesi europei che hanno conosciuto la strategia antiterroristica del premio per la collaborazione: cfr. I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR *El “colaborador con la justicia”: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Madrid, 2004; ID., *El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español*, in *El Derecho penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, La Habana, 2016, p. 244-286; B. BOULOC, *Le problème des repentis. La tradition française relativement au statut des repentis*, in *Rev. sc. crim.* 1986, p. 751 ss.; M-A. BEERNAERT, *De l’irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système penal*, in *Dév et Soc.*, 2003, p. 77 – 91; G. ROUSSEL, *L’introduction du « repentis » ou le pragmatisme appliqué du législateur*, *AJ Pén.*, 2005, p. 363 ss.; U. BOCKER, *Der Kronzeuge: Genese und Funktion der Kronzeugenregelung in der politischen Auseinandersetzung mit dem Terrorismus in der Bundesrepublik Deutschland*, Pfaffenweiler, 1991; A. HOYER, *Die Figur des Kronzeugen. Dogmatische, verfassungsrechtliche und kriminalpolitische Aspekte*, in *JZ*, 1994, p. 233 ss.; A. HARDINGHAUS, *Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe. Der Kronzeuge im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 46b StGB*, München, 2015.

⁴⁹ M. DONINI «Il concetto di diritto penale del nemico sembra ritagliato sul terrorista islamico: un tipo d’autore incoercibile al dialogo, insuscettibile di accettare lo stato di diritto e i diritti fondamentali quale base di riconoscimento reciproco dell’ordinamento e della società civile»; così in *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, 2007, p. 66. Analogamente F. VIGANO, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 670 che nota come rispetto al terrorista straniero appaiano difficilmente predicabili sia la risocializzazione sia la deterrenza tramite la pena.

⁵⁰ Su forme e conseguenze della riconduzione della lotta al terrore al paradigma nemicale, sulla scorta della distinzione schmittiana tra *inimicus* e *hostis*, cfr. almeno R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008. Ma v. per una risalente evocazione della categoria, v. già L. STORTONI, intervento in *Terrorismo e Stato della crisi*, in *Quest. Crim.*, 1979, p. 7 ss.

⁵¹ G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, p. 839 – 851.

penale del cittadino”⁵².

I rischi di una simile deriva non paiono del tutto teorici, anche alla luce della crescente multidimensionalità della lotta senza quartiere portata avanti contro la criminalità terroristica.

Si pensi a come l’obiettivo primario della prevenzione sia sempre più individuato nelle dinamiche di “radicalizzazione”, in quanto prodromiche all’*acting-out* terroristico. In tal senso l’ultima frontiera preventiva è rappresentata da misure “contro-narrative”: volte, appunto, a contrastare la radicalizzazione mediante confutazione della propaganda estremistica e la concorrenza ad essa con diffusione di messaggi alternativi (religiosi, identitari, ecc.) “positivi”⁵³.

Non stupisce allora che tra gli attori della cosiddetta contro-narrazione, si prevede di assegnare un ruolo esemplare proprio al terrorista pentito; pentito, s’intende, ufficialmente e pubblicamente, tanto meglio se con risonanza anche mediatica⁵⁴. In questo senso, il “ravvedimento” non risulta più significativo esclusivamente in chiave di utilità investigativa e (tutt’al più) come sintomo della cessata pericolosità del singolo; esso assume un ulteriore valore simbolico-comunicativo, che si potrebbe forse latamente ricondurre alla generalprevenzione positiva. Appare, allora, inevitabile chiedersi se la disponibilità a collaborare in tal senso già sia, o sia comunque destinata a essere, anch’essa coinvolta nel “traffico delle indulgenze” con relative contropartite in *bonam partem* sul terreno della stessa sanzione.

La prospettiva, del resto, appare strettamente legata al delicato quesito su quale declinazione debba assumere l’esecuzione della pena rispetto ai soggetti condannati per terrorismo, e in specie alla possibile trasfigurazione (in tutto o in parte) del finalismo rieducativo nel concetto di de-radicalizzazione, ormai al centro di un movimento coinvolgente riguardante un numero sempre più vasto di paesi anche europei⁵⁵. A quanto è emerso, nei “programmi di deradicalizzazione”, il trattamento tende a essere incentrato (spesso con forme di paternalismo autoritario) anzitutto sulla adesione culturale a certi valori, o meglio, sul ripudio di *Weltanschauungen* con essi inconciliabili⁵⁶.

Siffatta politica trattamentale, a ben vedere, riscopre quello che era stato additato *ab origine* come autentico *punctum pruriens* delle tecniche premiali: il timore costituiscono il mezzo di una autentica invasione del foro interno del condannato, cui si offriva clemenza in cambio di “abiura”. Timore che invero a suo tempo la nostra giurisprudenza si era immediatamente adoperata a sventare, pervenendo a interpretare il concetto di “dissociazione” in termini esteriori e relazionali, identificandolo con la revoca della volontà di adesione alla compagine⁵⁷. Il presupposto soggettivo è stato di fatto assorbito in nelle condotte di ravvedimento o collabo-

⁵² Cfr. G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, p. 88-94; ma già Id., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 75-78 e da ultimo *Zur Theorie des Feindstrafrechts*, in *Straftheorie und Strafrecht*, *Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, a cura di H. Rosenau e S. Kim, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2010 p. 67-82.

⁵³ Al riguardo vedi per tutti R. RIVOLA, *La prevenzione degli effetti della propaganda jihadista tra misure interdittive e contro-narrative*, in *Rass. arma CC.*, n.3/2016, p. 207 ss.; M. CONOSCENTI, *ISIS' Dabiq Communicative Strategies, NATO and Europe. Who is Learning from Whom?* in *Discourses and Counter-discourses on Europe. From the Enlightenment to the EU*, a cura di M. Ceretta, B. Curli, Abingdon, 2017.

⁵⁴ Si veda, esplicitamente la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni *Attuare l’Agenda europea sulla sicurezza per combattere il terrorismo e preparare il terreno per l’Unione della sicurezza*, COM(2016) 230, Punto 2.2: “la priorità assoluta deve essere quella di impedire nuovi casi di radicalizzazione e garantire che le persone già radicalizzate aderiscano a programmi di deradicalizzazione e non possano diffondere propaganda terroristica e incitare all’odio”. V. altresì la Comunicazione della Commissione *Prevenire la radicalizzazione che porta al terrorismo e all’estremismo violenti: rafforzare la risposta dell’UE*, (COM/2013/0941), Punto 2.6, in cui la La Commissione si impegna, tra l’altro, a “continuare a incoraggiare le associazioni locali, i cittadini, le vittime e gli ex estremisti ad elaborare contro-narrativa. Nell’ambito di questo impegno, la Commissione incaricherà la RAN di sviluppare contro-narrative innovative online di cui siano protagonisti ex terroristi e vittime del terrorismo. L’obiettivo è produrre una serie di video e messaggi sul web destinati ai soggetti a rischio”. RAN (*Radicalisation Awareness Network*) è organo per la sensibilizzazione in materia di radicalizzazione, creato dalla Commissione stessa nel 2011. Più di recente per contrastare la propaganda rivolta a creare nuovi *foreign fighters* è stato istituito il *Syria Strategic Communications Advisory Team* (SSCAT), *network* con sedi in 25 Paesi membri (v. la risposta alla interrogazione parlamentare scritta E-000505/2016 data dal commissario Avramopoulos in data 17.05.2016, in *Parliamentary questions*, in www.europarl.europa.eu). Da ultimo, la Comunicazione della Commissione COM(2016) 379 del 14.6.2016, *Sostenere la prevenzione della radicalizzazione che porta all’estremismo violento*. Cfr. altresì le Conclusioni del Consiglio del 20 novembre 2015 *sul rafforzamento della risposta di giustizia penale alla radicalizzazione che porta al terrorismo e all’estremismo violento*.

⁵⁵ N. CHOWDHURY FINK - E. B. HEARNE, *Beyond Terrorism: Deradicalization and Disengagement from Violent Extremism*, New York, 2008; A. SPECKHARD, *Prison and Community-Based Disengagement and De-Radicalization Programs for Extremists Involved in Militant Jihadi Terrorism Ideologies and Activities*, in *Psychosocial, Organizational and Cultural Aspects of Terrorism*, a cura di A. Speckhard, Neuilly-sur-Seine, 2011, p. 1 ss. Cenni in F. FASANI, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?*, in *Criminalia*, 2015, p. 505.

⁵⁶ Sulla sfida della rieducazione e del reinserimento sociale dei terroristi da ultimo v. S. V. MARSDEN, *Reintegrating Extremists: Deradicalisation and Desistance*, London, 2017, *passim*.

⁵⁷ Cfr. perspicuamente Corte Assise App. Milano, 29 maggio 1981, De Vuono e altri: “Non è necessario stabilire in via di principio se ricorre da parte del terrorista che si dissocia dagli altri concorrenti il pentimento. Esso è un moto interno dell’anima direttamente imperscrutabile, cioè che esclude ogni comprensione diretta e che non si presta ad una valutazione nel campo dell’esperienza sensibile; può essere dato per provato soltanto quando ricorrono quei comportamenti in base ai quali la legge lo presume”.

rative considerate come meritevoli, ravvisandovi comportamenti almeno in via presuntiva da ritenersi incompatibili con il mantenimento dello status di associato e quindi sintomatici della dissociazione richiesta⁵⁸.

Si è, al contempo, esplicitamente ammesso che la scelta di dissociarsi possa essere tutt'altro che spontanea e moralmente ineccepibile, bensì anche chiaramente dettata da intenti utilitaristici, e ciononostante valida per l'ordinamento; ampiamente valorizzando, per contro, il requisito oggettivo del carattere almeno potenzialmente utile, in termini investigativi, dell'offerta collaborativa del dissociato⁵⁹.

Ma laddove al condannato per reati terroristici (magari "minori") si chieda di "deradicizzarsi" (e/o di contribuire col suo esempio di ravveduto alla non radicalizzazione altrui) la possibilità di una involuzione soggettivistica dei presupposti delle misure premiali riemerge. Torna, quindi, lo spettro di una "abiura" che si esige dal reo per mezzo della pena (minacciata o inflitta) e che oltre la colpevolezza per il fatto postula una revisione complessiva della visione del mondo alla base della vita anteatta, revisione forse non limitata ripudio della violenza⁶⁰.

Al riguardo, non ci si può certo nascondere che la battaglia per la sicura convivenza e perciò, prima ancora, per la condivisione di un nucleo sia pur minimo di valori essenziali, è realisticamente una battaglia anche delle (e nelle) coscienze⁶¹. Ma è noto che proprio la coscienza è la soglia sulla quale il diritto (almeno quello penale) dovrebbe usualmente arrestarsi⁶².

Nell'ordinamento italiano, ulteriori riserve sorgono a fronte dell'adattamento subito dalla tecnica premiale nel contesto del sempre più stretto connubio delle politiche di "guerra al terrore" con il diritto dell'immigrazione. Viene in rilievo, in particolare, la concessione di permessi e carte di soggiorno premiali a stranieri in condizioni di permanenza irregolare sul suolo italiano, i quali forniscano un rilevante apporto conoscitivo a procedimenti contro reati di terrorismo o criminalità organizzata⁶³.

Dai lavori parlamentari affiora l'argomento per cui in cui la condotta collaborativa viene ritenuta meritevole del beneficio in quanto sintomatica di integrazione: equazione sorprendentemente analoga, *mutatis mutandis*, a quella tra collaborazione contro i correi ed emenda, già sostenuta in sede di approvazione della disciplina dell'art. 4 *bis* o.p. Siffatta qualificazione del premio (in questo caso, "sanatoria" dell'irregolarità e "condono" – anche solo temporaneo – dell'espulsione) come strumento di politica assimilatoria suscita più di una perplessità: invero, al netto di retoriche integrazioniste, la incentivazione del clandestino come fonte informativa qualificata presuppone una naturale contiguità tra fenomeno migratorio e terrorismo, per certi

⁵⁸ Invero, non pare impermeabile a letture soggettivistiche e ideologiche la definizione normativa di cui alla l. n. 34 del 18/02/1987, per la quale "si considera dissociazione dal terrorismo il comportamento di chi, imputato o condannato per reati aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ha definitivamente abbandonato l'organizzazione o il movimento terroristico o eversivo cui ha appartenuto, tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte, comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo, ripudio della violenza come metodo di lotta politica". Ma proprio con riferimento a tale definizione è stato incisivamente statuito che il requisito "non prevede alcuna forma di attivo od operoso ravvedimento postulante la spontaneità, la respiscenza, il pentimento per l'attività criminosa in precedenza svolta, essendosi il legislatore ispirato al fine di debellare praticamente ed efficacemente il terrorismo, di recuperarne alla società gli epigoni, più che a criteri morali" (Cass., sez. I, 27/10/1988, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 834). D'altro canto, proprio per lo scarso significato attribuitogli in termini di "ravvedimento" globale del reo, si ritiene che l'avvenuta dissociazione non sia di per sé sufficiente a integrare il requisito soggettivo necessario ai fini della liberazione condizionale. (Cfr. sez. I, 08/10/1990, in *Cass. pen.* 1992, p. 159).

⁵⁹ Cfr. per opportuni riferimenti giurisprudenziali, con riferimenti alla ampia casistica in tema di concessione della attenuante per la "dissociazione attuosa" dal crimine organizzato di stampo mafioso, *ex art.* 8 d.l. n. 152/1991, A. CISTERNA, *Collaborazione di giustizia*, in *Dig. Disc. pen.*, 2014, p. 1 ss.

⁶⁰ Con riferimento alla temperie della emergenza, ad es. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 350, sottolineava "l'enfasi con la quale proprio in queste disposizioni si è proposta la figura del terrorista pentito come modello positivo di riferimento denota ampiamente come il legislatore si sia qui posto a ricalcare i tratti di una "gehenna" di antica memoria nella quale si propone al reo come immediata soluzione salvifica, ed in segno di autosottomissione penitente, la confessione e l'obbligo della testimonianza contro se e contro altri correi".

⁶¹ Espressione non nuova, ma in questo ambito di peculiare significatività, e che ritroviamo nei lavori di esperti in tema di prevenzione – rieducazione tramite "deradicizzazione": cfr. ad es. R. GUNARATNA, *Example Cases and Programs: Battlefield of the Mind: Terrorist Rehabilitation in Protecting the Homeland from International and Domestic Terrorism Threats*, cit., p. 363 ss.; R. PAZ, *VNSA Strategic Communications: Reading Their Lips: The Credibility of Militant Jihadi Web Sites as Soft Power in the War of the Minds*, *ivi*, p. 243 ss.

⁶² A questo punto può forse non essere superfluo ricordare che in uno Stato democratico di diritto la risocializzazione (qualunque significato le si voglia dare) non può essere lecitamente intrapresa contro la volontà del condannato, dovendo permanere sempre e comunque offerta rieducativa. Ciò che appare esser vero, a fortiori, per il terrorista; v. per tutti S. MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, p. 48: "frente a los delinquentes por convicción, políticos, terroristas, no cabe intentar la persuasión por la fuerza de un tratamiento".

⁶³ Cfr. G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida dir.*, n. 33/2005, p. 77; R.A. RUGGIERO, *Uso premiale dei permessi di soggiorno in funzione di impulso alla collaborazione giudiziaria*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, 2006, p. 235 ss.; Concorde con la strategia legislativa in discorso G. SALVINI, *Colloqui investigativi e permessi di soggiorno a fini investigativi per il contrasto del terrorismo*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A. A. Dalia, Milano, 2006, p. 25 ss.; radicalmente critica sul punto invece F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 202-203.

versi indebita, posto che gran parte degli attentati è realizzata da soggetti nati o cresciuti all'interno della stessa "Fortezza Europa"⁶⁴. Volendo ancora attingere al lessico della "leggenda nera" inquisitoriale, gli stranieri (o persino i cittadini di origine straniera) rischiano allora di esser destinati allo scomodo ruolo di odierni *conversos*, gravati dal sospetto di una identità deviante, rivendicata o dissimulata⁶⁵.

6. Il persistente vuoto di armonizzazione in materia nelle fonti sovranazionali antiterrorismo e le sue ricadute negative.

Come si è evidenziato, l'interesse per la strategia differenziata non solo si mantiene stabile entro i confini originari, ma tende a estendersi ulteriormente, a Stati non toccati da problemi di terrorismo "interno"⁶⁶.

Ciò nonostante, va rilevata sul punto una significativa carenza di un intervento armonizzatore da parte delle fonti sovranazionali. Carenza di per sé potenzialmente problematica, attesa che una delle mutazioni sviluppate dalla criminalità terroristica è la sua "globalizzazione", obiettivamente favorita da una Europa divenuta (al suo interno) "senza frontiere" ma caratterizzata da ancora notevoli distanze tra i diritti penali applicabili (anche quanto a forme e presupposti della offerta premiale)⁶⁷.

Invero, non manca una attenta considerazione, in positivo, da parte degli organi e delle fonti sovranazionali, quali l'Organizzazione della Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa, nell'ambito della cooperazione contro il terrorismo. Ma tale considerazione si è per ora manifestata solo nelle forme tipiche del c.d. diritto soffice⁶⁸, con atti al di fuori della cornice propriamente obbligatoria della convenzione internazionale. Non è peraltro trascurabile l'effetto di avallo e legittimazione che anche siffatti strumenti normativi *soft* possono spiegare a favore delle politiche premiali autonomamente adottate a livello interno: sia nei confronti di altri stati e soggetti internazionali, sia rispetto a contropunte eventualmente provenienti dallo stesso diritto nazionale.

Ma, più sorprendentemente, anche il diritto dell'Unione europea pare aver rinunciato al riguardo alla veste di *hard law* che com'è noto (salvi i problematici controllimiti) può farsi forte del primato sul diritto nazionale degli Stati membri, tanto più se il primato si caratterizza per l'effetto diretto, ciò che teoricamente risulta configurabile, se *in bonam partem*, anche nel diritto penale. Sebbene inserita in uno strumento indiscutibilmente obbligatorio di armonizzazione sostanziale (la decisione quadro "sulla lotta contro il terrorismo"), la specifica disposizione di diritto eurounitario sul punto è di per sé priva di carattere vincolante, limitandosi a riconoscere *per tabulas* agli Stati membri la facoltà di prevedere attenuazioni di pena riguardo

⁶⁴ V. sul punto almeno le ultime riflessioni di Z. BAUMAN, *A Few Comments On The Mis-Imagined War On Terrorism*, in www.social.europa.eu, 29.03.2016. E. GROSSO, *Lotta al terrorismo e funzione pedagogica della politica: l'anima perduta dell'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, p. 287-288.

con specifico riferimento alla lotta al terrorismo "non vi è alcuna immediata evidenza di un diretto e immediato collegamento funzionale tra recrudescenza terroristica e emergenza migratoria e in particolare sul recente progetto di legge costituzionale «de protection de la nation» sulla previsione come pena accessoria per gravi reati di terrorismo della *déchéance de la nationalité*, ossia la privazione cittadinanza francese, unicamente rispetto a soggetti con doppia nazionalità (quindi, tipicamente, appartenenti alle cosiddette "seconde generazioni" di migranti) (proposta alfine abbandonata dal governo francese).

⁶⁵ I quali, erano accusati com'è noto di continuare a "giudaizzare" dietro una conversione superficiale al credo ufficiale; cfr. N. ROTH, *Conversos, Inquisition, and the Expulsion of the Jews from Spain*, Madison, 2002, V. anche M. ALVANOU - M. AZZAOU, *La cooperazione cittadina tra la polizia e le comunità islamiche per fronteggiare il terrorismo in Germania*, in *Le nuove sfide del terrorismo metropolitano*, a cura di M. Lombardi, Milano, 2007 p. 113-128.

⁶⁶ In argomento, v. P. J. P. TAK, *Deals With Criminals: Supergrasses, Crown Witnesses and Penitenti*, in *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, 1997, p. 1-26; J. C. JOERDEN, *Europäisierung des Strafrechts - ein Beispiel: Der Kronzeuge*, in *Europa-Studien. Eine Einführung*, a cura di T. Beichelt, B. Choluj, G. Rowe, H.-J. Wagener, Wiesbaden, 2006, p. 329 ss.; Id., *Der Trend zum Kronzeugen in Europa*, in *Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland - rechtsstaatliche Grundlagen*, a cura di J. C. Joerden, A. J. Szwarc, Berlin, 2007, 364 ss.; Z. KOUMBARAKIS, *Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda*, Baden-Baden, 2007.

⁶⁷ Sulle ragioni per cui, "ormai l'Europa, pur non essendo ancora uno Stato federale, sotto il profilo penale pone però sin d'ora tutti i problemi propri degli Stati federali" ancora attuali i rilievi di A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 5 e *passim*. Ancora attuali considerazioni espresse da A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro Ue nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1157 ss.

⁶⁸ Su cui v. per tutti A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 562 ss.

alle condotte di terrorismo fatte oggetto di ravvicinamento⁶⁹.

Si tratta, peraltro, di una facoltà a geometria variabile posto che vengono prospettate in via alternativa o cumulativa diverse condotte meritevoli di premio⁷⁰. A ben vedere, anche l'approccio normativo prescelto non esclude automaticamente che da una siffatta elencazione sarebbe potuto discendere un sia pur tenue effetto armonizzatore, anzitutto quanto alla entità del beneficio conseguibile *in subiecta materia*⁷¹.

Inoltre, per quanto riguarda i presupposti del premio, a meno di non voler conferire alla disposizione (svuotandola del tutto di portata precettiva) un carattere di mera esemplificazione, la stessa sembra poter essere intesa come clausola di chiusura, tendenzialmente inibente la creazione di ulteriori tipologie premiali ad essa non riconducibili. Ma non pare, invero, sia stato posto alcun freno alla libertà che gli Stati membri si sono sinora arrogati nel plasmare su scala nazionale una propria politica del diritto premiale⁷².

Al contempo (in conformità, del resto, col carattere facoltizzante della norma in questione) diversi Stati hanno persistito nel non introdurre disposizioni in tal senso, col risultato quindi di una disomogeneità degli ordinamenti europei proprio sotto il profilo forse più delicato (quello specificamente attinente alla sanzione) della lotta al terrorismo⁷³. Si tratta di una discrasia allarmante, in quanto suscettibile di gravi ripercussioni pratiche sulla coerenza e razionalità della reazione punitiva: nel caso (ormai paradigmatico) di un attentato terroristico transnazionale commesso in territorio europeo, gli ipotetici coautori incontrerebbero conseguenze divergenti, se non antitetiche, a fronte di una eventuale collaborazione alle indagini prestata nei differenti paesi membri coinvolti⁷⁴.

All'orizzonte del resto non sembrano profilarsi approdi più appaganti, dal momento che la pendente proposta di direttiva di armonizzazione, destinata, sulla base dell'art. 83 TFUE, a sostituire la vigente decisione quadro sulla lotta al terrorismo ripropone un testo immutato

⁶⁹ Art. 6 della Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI) in *G.U.C.E.* L 164 del 22.06.2002, p. 3 (poi modificata dalla Decisione Quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008, in *G.U.U.E.* L 330 del 9.12.2008). V., al riguardo, S. PEERS, *EU Responses to Terrorism*, in *ICLQ*, 2003, p. 228-229; A. PIOLETTI, *La lotta al terrorismo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'UE: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p.; M.-A. BEERNAERT, *La décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*, in *RIDP*, 2006, p. 280-281; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, p. 89 e n. 163.

⁷⁰ Ai sensi del citato art. 6 "Ogni Stato membro può adottare le misure necessarie affinché le pene di cui all'articolo 5 possano essere ridotte nel caso in cui l'autore del reato: a) rinunci all'attività terroristica; b) fornisca alle autorità amministrative o giudiziarie informazioni che esse non avrebbero potuto ottenere con altri mezzi e che sono loro utili per: I) prevenire o attenuare gli effetti del reato; II) individuare o consegnare alla giustizia i complici nel reato; III) acquisire elementi di prova; o IV) prevenire la commissione di altri reati di cui agli articoli da 1 a 4".

⁷¹ E. J. HUSABØ, I. BRUCE, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation*, Leiden -Boston, 2009, p. 62-64 ss. Ci si chiede se (anche in relazione all'obiettivo di armonizzazione della risposta punitiva) fosse possibile per gli Stati prevedere una attenuazione di pena ancora più vantaggiosa, o in forza di presupposti meno restrittivi di quelli delineati nell'art. 6. Del resto, è indubbio che la specifica previsione non precluda agli Stati membri di applicare circostanze attenuanti comuni.

⁷² L'introduzione di benefici per la collaborazione nell'ambito dei reati di terrorismo è stata giustificata dal legislatore nazionale come implementazione dell'art. 6 della decisione quadro, anche in relazione a benefici tecnicamente non riconducibili a tale disposizione (quali il cambio di regime penitenziario): così ad es. è avvenuto in Spagna (come segnala criticamente I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El "colaborador con la justicia"*, cit., p. 97-98).

⁷³ Cfr. la prima Relazione della Commissione a norma dell'art.11 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (COM(2004) 409 def.) dell'8 giugno 2004, p. 6 e da ultimo la seconda Relazione della Commissione a norma del medesimo articolo 11 (COM(2007) 681 def.) del 6 novembre 2007, ove si dà conto di come tra i paesi valutati per la prima volta (tra cui quelli divenuti Stati membri con l'allargamento del 1° maggio 2004) "Solo la Grecia, l'Ungheria e il Lussemburgo hanno previsto – e Cipro prevedrà – a conclusione del rispettivo iter legislativo, particolari circostanze attenuanti per le pene previste per i reati terroristici, tenendo conto di alcune delle circostanze particolari definite al presente articolo. La Repubblica Ceca, l'Estonia, la Lettonia, la Lituania, la Polonia, la Slovacchia e la Slovenia rimandano a norme più generali che prevedono circostanze attenuanti, mentre i restanti Stati membri interessati non hanno presentato alcuna norma che dia attuazione a questa disposizione facoltativa" mentre tra gli ordinamenti già valutati nell'ambito della prima relazione "si presume che a tutt'oggi solo l'Austria, la Francia, la Germania, l'Italia, il Portogallo e la Spagna contemplino specificamente le circostanze particolari di cui al presente articolo nel rispettivo ordinamento, mentre gli altri paesi non fanno riferimento a nessuna misura specifica intesa ad attuare tale disposizione facoltativa" (p. 9).

Amplius sulle ragioni a favore, in ambito europeo, di un "processo d'armonizzazione non solo dei fatti vietati ma anche delle relative risposte punitive", sia pure differenziate rispetto a diverse categorie di illecito, v. gli ancora attuali rilievi di A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 76 ss. Fermo restando il problema generale della incidenza, rispetto al ravvicinamento sanzionatorio "esibito" in decisioni quadro (e, ora, direttive), di quelle norme sia sostanziali sia processuali che incidono in via generale in sede applicativa su entità ed effettività delle sanzioni anche in materie "armonizzate" (quali attenuanti comuni, sconti di pena per riti alternativi, ecc.); v. sul punto *ivi*, p. 99-100.

⁷⁴ Come è persuasivamente e analiticamente dimostrato da V. MILITELLO, in *Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo*, in *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 296-303.

sul punto⁷⁵.

Può apparire paradossale che questa carenza persista in un settore che per primo (anche cronologicamente) è interessato da urgenti e pressoché incontestate ragioni di ravvicinamento tra le legislazioni europee⁷⁶. Eppure, un più deciso impulso armonizzatore (benché non certo privo di problematicità) potrebbe meglio rispondere non solo a esigenze efficientistiche-securitarie, avviando alla già evidenziata frammentazione politico-criminale riscontrabile tra i membri UE, ma, anche all'istanza di minimo presidio garantista dei vari principi con cui (come si è visto) la remissione della pena per la collaborazione pare porsi inevitabilmente in tensione.

Sotto questo profilo, la soluzione sin qui perseguita di una armonizzazione "debole" per il tramite di norme soffici e facoltizzanti rappresenta forse una salvaguardia per la autonomia del singolo Stato membro, ma non certo per il singolo reo (né tantomeno per gli eventuali correi).

7.

Conclusioni. Un istituto di lotta e di emergenza che deve rimanere tale, nel quadro di un sistema penale in evoluzione.

In esito a questo sia pur minimo e problematico stato dell'arte, appare possibile abbozzare alcune considerazioni interlocutorie, di ordine deontico e pratico, sul futuro della "strategia differenziata" nel nostro ordinamento.

Le stesse, anzitutto, devono essere calate nel quadro dei sommovimenti generali che attraversano il sistema in cui detta strategia pur sempre si iscrive.

In Italia, uno di questi è sicuramente la tendenza a una crescente separazione tra reato e sanzione, sicché se è sempre un punto fermo la massima feurbachiana *nulla poena sine crimine*, molto meno lo è il simmetrico canone *nullum crimen sine poena*. Sempre più evidente si afferma la considerazione autonoma del momento (se non addirittura elemento) della punibilità rispetto alla integrazione del reato; o, se si preferisce, lo scorporo della prima dal secondo, almeno finché si ritenga questo rechi in sé la definizione di comportamento previsto e punito dalla legge⁷⁷. Del resto, che la attenuazione o la rinuncia alla pena possano trovare radicamento in valutazioni di opportunità estranee alla *ratio* di tutela del bene protetto, e perciò in "motivi politici" (almeno *lato sensu*), non è certo una novità per il nostro ordinamento, bensì un dato che lo caratterizza *ab origine*⁷⁸.

Al contempo, già in precedenza, negli ultimi vent'anni, si è assistito al progressivo riproporsi e dilagare del modello premiale al di fuori dall'alveo originario della lotta antiterrorismo; dapprima in altri settori della legislazione speciale, per poi lambire direttamente le *sedes materiae* codicistiche, passando dalla lotta a una sempre più multiforme criminalità organizzata alla realizzazione in forma concorsuale di disparate figure criminose, sia di nuova creazione sia totalmente tralattizie⁷⁹. Si sta allora assistendo a una surrettizia normalizzazione della logica premiale nel diritto penale ordinario, rispetto ai quali il legislatore non sente più il bisogno di invocare una "emergenza" per disporne nel suo armamentario normativo⁸⁰.

La politica premiale così declinata sembra costituire anch'essa una tendenza generale, al momento non contrastata nemmeno da caratterizzazioni (almeno potenzialmente) con essa confliggenti della penalità contemporanea, quali la crescente caratterizzazione in senso riparativo e neoretribuzionista, che spingerebbero verso una irrefragabilità della "pena giusta" (nel senso del *just desert*) o verso una sua negoziazione su basi diverse e vittimocentriche. Anche su queste ultime, peraltro di sicura pertinenza rispetto alla criminalità terroristica, fa sinora

⁷⁵ Cfr. l'art. 18 ("circostanze particolari") della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo (COM(2015)625), avanzata in base agli artt. 83, par. 1 e 82, par. 2 TFUE il 2 dicembre 2015. La annessa relazione illustrativa della Commissione conferma l'intento di mantenere la disposizione "immutata nella sostanza". che chiarisce come (quest'ultima definita nel terzo considerando della proposta come "la pietra angolare della risposta della giustizia penale per combattere il terrorismo").

⁷⁶ Tanto da aver fatto da "catalizzatore" alla armonizzazione penale nel suo complesso: cfr. K. NUOTIO, *Terrorism as a Catalyst for the Emergence, Harmonization and Reform of Criminal Law*, in *J. Int'l Crim. Just.*, 2006, p. 1008 ss.

⁷⁷ V. al riguardo almeno, da ultimo, le riflessioni di G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

⁷⁸ Così, per tutti. E. FLORIAN, *Diritto penale*, I, 1934, p.667.

⁷⁹ P. GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 917.

⁸⁰ Ad es., rispettivamente, l'art. 625-bis c.p. rispetto ai reati di furto, furto in abitazione, ricettazione; l'452-decies in relazione ai nuovi delitti contro l'ambiente del titolo VI-bis (l. 22 maggio 2015, n. 68) e l'art. 603-bis.1, introdotto dalla legge 29 ottobre 2016, n. 199 in tema di repressione del c.d. caporalato.

premio (almeno nell'esperienza italiana) la ricerca dell'efficienza, e quindi una legittimazione cercata sul piano performativo e non conformativo⁸¹.

Questo processo (innegabilmente in atto) dovrebbe condurre, a primo acchito, a sdrammatizzare il tema della sopravvivenza della logica premiale nel diritto antiterrorismo. Se, infatti, il premio per la collaborazione viene ormai elargito anche per il coautore del furto (*ex art. 625-bis*), sarà agevole (forse inevitabile) dare per scontata la sua opportunità e legittimità, a più forte ragione, nei confronti dell'autore di reati di terrorismo.

Per un verso, tuttavia, appare ingannevole ritenere che le problematiche inerenti la tecnica normativa premiale siano suscettibili di essere affrontate adeguatamente una volta per tutte, in maniera astratta. La sostenibilità della normativa premiale pare, invece, inseparabile dalla complessiva strategia repressiva operante in un determinato settore e dalle relative problematiche, per cui sta e cade con essa; nel caso di terrorismo, esemplarmente, l'eccezionale asprezza sanzionatoria e l'anticipazione della tutela assolvono non solo funzione una intrinseca generalpreventiva e neutralizzatrice ma anche se, non soprattutto, quella di "merce di scambio" per la collaborazione col reo o sospetto tale.

Per altro verso, è, semmai, più in generale la prospettiva della aperta o "sotterranea" normalizzazione della premialità a dover essere criticata e ribaltata. Lungi infatti dall'essere tranquillizzante rispetto al suo impiego in chiave antiterrorismo, l'estensione ad altri ambiti del premio per la collaborazione deve destare allarme, dato che la stessa permane comunque irrimediabilmente anomala: sono infatti innegabili, perché immanenti alla stessa logica dello "scambio", le evidenziate deviazioni dalla ortodossia del diritto penale dell'offesa.

Tali "stonature", a ben vedere, non paiono superabili neanche rispetto al *leitmotiv* del surricordato movimento di autonomizzazione della punibilità che è poi a ben vedere lo svolgersi di una concezione della pena che non si legittima più in se stessa, ma deve trovare (tanto al momento della minaccia quanto della sua inflizione) una giustificazione come pena utile - o quantomeno non disutile; ciò in quanto anche l'arretamento della sanzione deve pur sempre, a sua volta, corrispondere a una "idea dello scopo" costituzionalmente conforme⁸².

Del resto in tal senso si è già acutamente notato come i caratteri della normativa di lotta al terrorismo, pur corrispondendo allo schema originario dei plurimi livelli di legalità del sistema penale italiano, non siano interamente risolvibili nel modello dei provvedimenti di emergenza, bensì (ribaltandone la prospettiva) portino a un arcipelago normativo caratterizzato da una "decodificazione" senza "decodificazione"⁸³.

Ma proprio perciò merita di essere nettamente ribadito, o meglio ripristinato, un chiaro rapporto di *eccezione a regola* dello strumento premiale rispetto alla sequenzialità ordinaria della reazione punitiva⁸⁴. Per i suoi caratteri, il "ponte d'oro" per il collaborante si configura come costosa deroga legittimabile in ragione (e in costanza) di una precisa, determinata emergenza politico criminale; in altre parole la tecnica premiale-processuale è un istituto di "diritto penale di lotta"⁸⁵ e in quanto tale deve rimanere *strumento proprio* dell'antiterrorismo e di altri ambiti realmente emergenziali.

A tali fini, può soccorrere, fortunatamente, un altro avanzamento, osservabile stavolta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale nella quale è ormai consolidato l'ampliamento del

⁸¹ Con accento speranzoso sulle possibili prospettive di "riconciliazione" tra rei e vittime, v., soprattutto, l'esperienza di giustizia riparativa coinvolgente rei e vittime degli "Anni di piombo" al centro dei contributi in *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, Milano, 2015; *ivi*, in particolare, il contributo di A. CORDA, p. 335 e ss., per l'opinione che "Le disposizioni della legislazione premiale hanno rappresentato un'occasione importante per ricominciare a pensare il futuro partendo dal riconoscimento dei propri errori".

⁸² In tale prospettiva, cfr. G. DE FRANCESCO, cit., spec. p. 29-32. Il premio per la collaborazione, peraltro, non esaurisce certo il novero delle ipotesi penali premiali di problematica giustificazione adottate dal nostro legislatore, sovente per la una "utilità" extrapenale assai discutibile, dai condoni fiscali ed edilizi sino ai "permessi di inquinamento": cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 63 ss., nonché *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, Padova, 2011 (*ivi* spec. il contributo di A. ASTROLOGO, *Le nuove forme di declinazione della non punibilità*, p. 11 e ss.)

⁸³ "con il progressivo abbandono del quadro di certezza e garanzia storicamente rimesso alla funzione del codice, a vantaggio della ricerca di una flessibile efficacia"; M. SBIRICOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, p. 539-540.

⁸⁴ In tal senso, contro la ventilata previsione di una attenuante comune per la collaborazione processuale, v. già A. MANNA, *Osservazioni sulla proposta di introduzione di un'attenuante generale per la confessione e la collaborazione con la giustizia*, in *Giust. pen.*, 1984, I, p. 315, evidenzia il rischio che la "legislazione eccezionale diventi sistema ordinario". Conforme anche D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, cit., p. 98 ss.

⁸⁵ Così, autorevolmente, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p. 931 ss.

sindacato di costituzionalità anche alle norme penali favorevoli al reo⁸⁶.

Proprio in quanto norma di favore, anche la sanzione o attenuazione della pena in chiave premiale deve espressione di una giustificata *ratio derogandi*; e poiché questa giustificazione normalmente non può avvenire sul piano dell'offesa, la stessa deve essere sottoposta a uno *strict scrutiny* da parte della Consulta con onere da parte del legislatore di allegare (e periodicamente confermarne il non anacronismo) la ragionevolezza "emergenziale" della sua incidenza sulla normale operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice.

Anche così circoscritto il fondamento di ammissibilità delle disposizioni premiali, nel merito della loro conformazione la "quadratura del cerchio" tra efficienza e garanzia, va, comunque, ancora affidata al prudente apprezzamento della Corte costituzionale, nella laboriosa ricerca di "possibili equilibri"⁸⁷. È certo, infatti, che anche sul terreno dell'emergenza conclamata non tutto può essere giustificato richiamandosi all'immagine della "casa che brucia", già sovente evocata nella lotta condotta contro il terrorismo interno.

Al contempo, tuttavia, non pare ineludibile e forse nemmeno auspicabile la rimozione *in toto* dall'ordinamento del premio per la collaborazione, a fronte di aggressioni terroristiche che, come si è visto, ne confermano tendenzialmente la attualità; come più in generale, non appare obiettivo realistico in questo ambito un diritto penale costituzionalmente e dogmaticamente "impeccabile", ma eccessivamente ineffettivo rispetto alla prevenzione di aggressioni micidiali a beni di rango apicale (benché l'obiettivo della prevenzione non possa e non debba essere addossato solo al diritto penale e agli apparati chiamati alla sua applicazione)⁸⁸.

La "delazione premiata" può, insomma, essere *sostenibilmente* mantenuta in termini di eccezione consapevole, in quanto tale delimitata nei suoi presupposti ed ambiti applicativi⁸⁹. Prima ancora – proprio per essere oggetto di controllo garantista – la stessa necessita di rimanere trasparentemente positivizzata e formalizzata nell'ordinamento, onde scongiurare il pericolo che (lungi dall'essere scomparsa perché meno visibile), una premialità deregolata ed *extra ordinem* riaffluisca verso zone opache della prassi repressiva, magari in non improbabile connubio con reviviscenze inquisitorie "non soavi".

⁸⁶ In argomento v. almeno M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012; sui più recenti sviluppi, G. TOSCANO, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in bonam partem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 304 ss.

⁸⁷ Secondo il ragionevole invito già formulato da D. PULITANÒ, *Il sistema sanzionatorio*, in *Prospettive di riforma del Codice penale e valori costituzionali. Atti del Convegno (Saint Vincent, 6-8 maggio 1994)*, Milano, 1996, p. 230 "Sotto questo come sotto ogni altro aspetto il problema penale è problema di ricerca di equilibri possibili: di soluzioni idonee a contemperare esigenze potenzialmente contrapposte".

⁸⁸ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Speciale Quest. Giust.*, 2016, p. 127 ss.

⁸⁹ Sulle esigenze che la strategia di incentivo alla collaborazione processuale incontri comunque dei limiti nei principi fondamentali penalistici, cfr. le risoluzioni del XVIII Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale di Istanbul, 22-27.09.2009 (*Les principales transformations du système de justice pénale en réponse à la globalisation*, III, punto 23) da ultimo in *Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926 - 2014)*, a cura di J. L. de la Cuesta, I. Blanco Cordero, in *RIDP*, 2014, p. 205 ss.: "Les individus, suspectés d'être membres d'une organisation criminelle et qui décident de coopérer avec les autorités judiciaires, peuvent bénéficier d'une réduction de peine uniquement lorsque cette coopération respecte les principes de légalité, subsidiarité et proportionnalité. En outre, aucune condamnation ne peut être fondée exclusivement ou de manière déterminante sur les déclarations de repentis (pentiti, supergrass) comme preuves substantielles". V. anche sul punto J. A. E. VERVAELE, *Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme. Rapport général*, in *Utr. Law Rev.*, n.2/2009, p. 110-152 (ma già in *RIDP*, 2009, p. 19-74), spec. p. 149.

Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità e esigenze di effettività

Terrorism Offenses and Corporate Criminal Liability: Legality and Effectiveness

ROSSELLA SABIA

Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso l'Università LUISS Guido Carli

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI,
DELITTI DI TERRORISMO (ARTICOLO 25-QUATER
D.LGS. N. 231/2001), PRINCIPIO DI LEGALITÀ,
MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY,
TERRORISM OFFENSES (ARTICLE 25-QUATER OF
LEGISLATIVE DECREE NO. 231/2001),
PRINCIPLE OF LEGALITY, COMPLIANCE PROGRAMS

ABSTRACT

L'art. 25-*quater* ha fatto ingresso nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001 mediante la l. 14 gennaio 2003, n. 7, in attuazione di obblighi di matrice sovranazionale che, nel più ampio quadro di contrasto al fenomeno terroristico, imponevano il riconoscimento di forme di responsabilità anche a carico della persona giuridica. La circostanza che la disposizione in commento non sia mai stata applicata – a dispetto dell'attuale escalation della minaccia terroristica a livello globale – induce ad interrogarsi sulla funzione e sull'effettività della fattispecie nell'economia del "decreto 231". Muovendo dalla ricognizione delle fonti sovranazionali di riferimento, il presente contributo si sofferma sulle principali questioni interpretative sollevate dalla norma, con l'obiettivo di evidenziarne i profili di frizione con il principio di legalità e con il criterio oggettivo d'imputazione dell'interesse o vantaggio, illustrando al contempo le significative ricadute sul piano della costruzione del modello organizzativo.

Article 25-*quater* was introduced into the system outlined by Legislative Decree No. 231/2001 through Law No. 7 of 14 January 2003, to implement supranational obligations, which required the recognition of forms of liability even for legal persons in the broader framework of the fight against terrorism. The fact that this provision has never been applied – in spite of the current escalation of the terrorist threat on a global scale – raises questions about its function and effectiveness for the purposes of the "Decree 231". Shifting from the acknowledgement of supranational sources of reference, this article focuses on the major issues of interpretation raised by the provision, aiming at highlighting the friction with the principle of legality and with the objective criterion (the "interest" or the "benefit") for the attribution of liability, showing in the meantime the significant impact on the construction of compliance programs.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Delitti di terrorismo e responsabilità degli enti: il quadro normativo sovranazionale. – 3. L'introduzione dell'art. 25-*quater* (*delitti con finalità di terrorismo o di eversione*) nel "sistema 231": la formulazione della fattispecie. – 3.1. I delitti con finalità di terrorismo previsti dal codice penale e da leggi speciali (comma 1). – 3.2. I delitti commessi in violazione dell'art. 2 della Convenzione di New York per la repressione del finanziamento del terrorismo (comma 4). – 4. I criteri oggettivi d'imputazione: le nozioni di interesse o vantaggio. – 5. Le ricadute sui modelli di organizzazione e gestione. – 6. Rilievi conclusivi.

1.

Premessa.

Quale espressione attuale dei "problemi della modernità"¹, il fenomeno terroristico condiziona anche la produzione normativa e le scelte di politica criminale, e ciò non soltanto con riferimento al diritto penale nella sua accezione antropomorfa.

Accanto alle più tradizionali tematiche che attengono al difficile bilanciamento tra istanze di tutela della collettività e garanzia dei diritti fondamentali dell'*individuo*, il legislatore sovranazionale e, di rimando, quello nazionale hanno delineato un'area specifica di rischio-reato legata al coinvolgimento in attività terroristiche degli *enti collettivi*.

Nel nostro ordinamento, in particolare, sin dai primi anni di vigenza della disciplina concernente la responsabilità da reato *ex d.lgs. n. 231/2001*, la *societas* è – almeno in astratto, e con i limiti di cui si dirà – sanzionabile anche in relazione a delitti di terrorismo. La scelta del legislatore italiano di prevedere la corresponsabilizzazione dell'ente con riferimento a tali ipotesi si pone in linea con la più generale tendenza, registrata in materia di contrasto al terrorismo già a livello internazionale ed europeo, volta ad ampliare l'area della punibilità, con inevitabili riflessi anche sulle sorti della persona giuridica².

L'art. 25-*quater* d.lgs. n. 231/2001 ("delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico")³ è stato infatti introdotto nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente dalla legge n. 7/2003 di ratifica ed esecuzione⁴ della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, adottata nel 1999 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁵, nonché, in termini più generali, in ossequio a vari atti di matrice sovranazionale – emanati all'indomani degli attentati dell'undici settembre 2001 – tutti diretti all'istituzione (anche) di misure repressive nei confronti delle persone giuridiche in relazione a reati terroristici⁶.

Al tempo, l'introduzione di delitti con finalità di terrorismo nel *corpus* del "decreto 231" attraverso l'art. 25-*quater* non pare aver suscitato clamore, né aver attratto in modo particolare

¹ Riconduce il fenomeno terroristico ai "temi della modernità" STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, II ed., Milano, 2002, 3 ss.

² MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo tra obblighi internazionali e normativa interna di attuazione*, in *Critica dir.*, 2014, 225.

³ Per semplicità espositiva, nel prosieguo della trattazione ci si riferirà alla norma indicandola come "art. 25-*quater*".

⁴ Come si chiarirà *infra*, l'art. 3 della legge 14 gennaio 2003, n. 7 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York il 9 dicembre 1999, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno*, pubblicata in G.U. n. 21 del 27.1.2003) ha previsto l'inserimento, nel *corpus* del d.lgs. n. 231/2001, dell'art. 25-*quater*, rubricato "delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico".

⁵ *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 54/109 del 9 dicembre 1999 ed entrata in vigore il 10 aprile 2002. Il testo può essere consultato sul sito ufficiale delle Nazioni Unite nella sezione di ricerca della documentazione, all'indirizzo <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.

⁶ Sul ruolo propulsivo delle fonti sovranazionali nella corresponsabilizzazione degli enti collettivi in questa materia e per una ampia panoramica v. LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d.lgs. n. 231 del 2001)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 1191 ss.; MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 226 ss.; PAVARANI, *La responsabilità dell'ente per i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, t. II, Torino, 2016, 2890 e 2892 ss.

l'attenzione della dottrina⁷. Eppure, la norma presenta indubbi tratti di originalità e motivi di interesse che – anche alla luce dell'attualità del dibattito intorno ai possibili strumenti di repressione del fenomeno terroristico – giustificano e, anzi probabilmente sollecitano, qualche considerazione più distesa.

Il filo conduttore attorno al quale si svilupperà la riflessione muove dalla constatazione che, a quattordici anni dalla sua entrata in vigore, l'art. 25-*quater* sia rimasto, sostanzialmente, inapplicato: non paiono rinvenirsi pronunce in cui delitti con finalità di terrorismo siano stati ritenuti presupposto della responsabilità degli enti⁸. Legittimo interrogarsi sulle ragioni di un insuccesso che – per vero – già un primo sguardo al testo della norma poteva lasciar presagire.

Deve osservarsi, preliminarmente, che in relazione all'ipotesi in discorso il nostro legislatore – come non di rado accade – abbia mostrato scarsa propensione ad operare una opportuna funzione di filtro nella trasposizione interna di obblighi sovranazionali⁹: per l'effetto, la previsione dell'art. 25-*quater* presenta profili di complessiva incoerenza rispetto al sistema in cui è inserita e pone non marginali difficoltà interpretative¹⁰. Come si cercherà di rilevare nelle pagine che seguono, in sintesi, tre appaiono le principali questioni da affrontare.

L'art. 25-*quater* rappresenta l'unica disposizione di "parte speciale" del "decreto 231" che non elenca, in maniera tassativa, le singole fattispecie cui si riconnette la responsabilità dell'ente, bensì opera un rinvio – generico e sostanzialmente *aperto* – ad altre fonti per l'individuazione dei reati-presupposto. All'evidenza, una simile tecnica di formulazione si pone in forte tensione con il principio di legalità, espressamente sancito, nella materia della responsabilità degli enti, dall'art. 2 d.lgs. n. 231/2001¹¹.

Non meno complesso appare riuscire a declinare il generale e indefettibile criterio oggettivo d'imputazione di cui all'art. 5 del decreto («l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio»)¹² con la connotazione ideologica propria dei delitti di terrorismo. Si è sottolineato come l'art. 25-*quater* rappresenti un momento di deviazione dalla filosofia ispiratrice del "decreto 231", il quale, nato per l'impresa legale, in tale direzione avrebbe dovuto svilupparsi¹³.

Peraltro, i profili problematici non si arrestano al piano teorico, e anzi presentano ricadute

⁷ Tra i primi commenti all'art. 25-*quater* d.lgs. n. 231/2001 si segnalano i contributi di LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1191 ss. e ROSI, *Contro il finanziamento del terrorismo ratificata la Convenzione: la responsabilità viene estesa alle persone giuridiche*, in *Dir. giust.*, 2003, 9, 86 ss. Tra i lavori successivi, v. LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche (sub art. 25 quater)*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, 2349 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IV, Milano, 2008, 266 ss.; FALCINELLI, *Sub Art. 25 quater. Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Leg. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova, 2008, 274 ss.; GALLI, *L'incidenza pratica dell'art. 25-*quater* d.lgs. 231/2001 e prospettive future in materia di applicazione dello stesso*, in *Rivista 231*, 2008, 2, 29 ss.; ID., *Sub Articolo 25 quater. Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis, A. Perini, Bologna, 2014, 562 ss.; PAVARANI, *Art. 25 quater. Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Milano, 2010, 368 ss.; ID., *La responsabilità dell'ente per i delitti con finalità di terrorismo*, cit., 2889 ss.; MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 225 ss.

⁸ Si è osservato che le riforme riguardanti l'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto «della prima metà degli anni duemila» hanno dato luogo «in taluni casi a modifiche normative dotate di una effettività pressoché nulla», con l'introduzione di fattispecie, tra cui l'art. 25-*quater*, «che non hanno mai trovato ancora applicazione, né probabilmente mai la troveranno»: AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Legisl. pen.*, 23 maggio 2016, 6.

⁹ MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 226.

¹⁰ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 266.

¹¹ Sul principio di legalità nel sistema di responsabilità degli enti, LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche (sub art. 2)*, in *Commentario breve*, cit., 2294 s.; ID., *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., in particolare 2383 ss.; BRUNELLI, *Sub. Art. 2. Principio di legalità*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Leg. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 85 ss.; ALIBRANDI, *Art. 2. Principio di legalità*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 90 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 137 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, II ed., Milano, 2010, 46 ss.

¹² In argomento v. LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche (sub art. 5)*, in *Commentario breve*, cit., 2301 ss.; ID., *I criteri di imputazione oggettiva: i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente e il criterio dell'interesse o del vantaggio*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., in particolare 2427 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., in particolare 69 ss.; VENEZIANI, *Art. 5. Responsabilità dell'ente*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 103 ss.; ASTROLOGO, SGUBBI, *Sub Articolo 5. Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 145 ss.

¹³ SEVERINO, *Prospettive di riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli, 2013, 373. Con espresso riferimento all'art. 25-*quater* esprimono analoghe riserve sull'ampliamento del "catalogo 231" CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, 2006, 1, 207; PELISSERO, *La progressiva espansione dei reati-presupposto*, in *Giur. it.*, 2009, 1832 ss.; MANNA, *Controversie interpretative e prospettiva di riforma circa la responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 169 s.; AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo*, cit., 9.

di non poco momento sulla redazione dei modelli di organizzazione e gestione¹⁴, e dunque, in ultima analisi, sulla effettiva possibilità per l'ente di non vedersi applicate le afflittive sanzioni previste dal decreto.

Così presentato il tema, ci si propone di verificare se la disposizione possa aspirare a ritagliarsi un proprio, effettivo ambito di applicazione all'interno della normativa sulla responsabilità degli enti; o, se, al contrario, essa non costituisca un simulacro di valenza simbolica, ma di inconsistente incidenza pratica.

2. Delitti di terrorismo e responsabilità degli enti: il quadro normativo sovranazionale.

Come anticipato, l'introduzione di *delitti con finalità di terrorismo o di eversione* nel sistema del d.lgs. n. 231/2001 costituisce attuazione di una serie di *input* di matrice sovranazionale ed europea e si inserisce nel più ampio quadro della strategia di contrasto al fenomeno in questione, chiaramente ispirata a finalità preventive¹⁵. Non sorprende del resto che gli obblighi di criminalizzazione degli enti collettivi in materia abbiano visto la luce al di fuori dei confini dei singoli Stati, trattandosi di una tipica manifestazione di criminalità transnazionale¹⁶.

Una rapida rassegna degli strumenti normativi che fanno da sfondo all'introduzione della previsione dell'art. 25-*quater* non può non prendere le mosse dalla già menzionata Convenzione delle Nazioni Unite per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999 (d'ora in avanti, Convenzione cd. *financing*). La Convenzione – adottata, come si legge nel preambolo, sul presupposto dell'urgente necessità di rafforzare la cooperazione internazionale tra gli Stati nella definizione e adozione di misure efficaci per la prevenzione, nonché per la soppressione del finanziamento del terrorismo – impegna ciascuno Stato Parte a prevedere la *responsabilità della persona giuridica*, in armonia con i principi di diritto interno. Più in dettaglio, l'art. 5 dispone che ogni Stato debba adottare le misure necessarie affinché l'ente ubicato sul suo territorio o costituito in conformità delle sue leggi possa essere ritenuto responsabile quando la persona fisica in posizione apicale (preposta alla direzione o al controllo dell'ente) abbia commesso, in tale qualità, uno dei reati previsti dall'art. 2 della Convenzione medesima¹⁷.

Si tratta di una responsabilità configurata come autonoma rispetto a quella della persona fisica che ha commesso il reato, e la determinazione della cui natura è lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato. Così pure ad esso spetta stabilire quali sanzioni irrogare all'ente (se penali, civili o amministrative) precisandosi che le stesse possano essere anche di tipo pecuniario purché presentino i caratteri dell'effettività, della proporzione e della dissuasività.

Non mancano peraltro ulteriori referenti normativi in materia.

¹⁴ Sul tema del modello di organizzazione, v. tra gli altri DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 64 ss.; CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *An. giur. econ.*, 2009, 219 ss.; PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Aa.Vv.*, *D.lgs. 231: 10 anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, suppl. al n. 12, 46 ss.; ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)*, Parte I e Parte II, rispettivamente in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss. e *ibidem*, 842 ss.; FIORELLA, SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in questa *Rivista*, 3-4/2014, 105 ss.

¹⁵ MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 225.

¹⁶ In questi termini PAVARANI, *La responsabilità dell'ente per i delitti con finalità di terrorismo*, cit., 2893. Sulla nozione di reato transnazionale v. ASTROLOGO, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella l. n. 146/2006*, in *Cass. pen.*, 2007, 1789 ss.; DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 11 ss.; ROSI, *Il reato transnazionale*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Milano, 2007, 67 ss.; ARTUSI, *Voce Reato transnazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., VI, Torino, 2011, 439 ss. Con riferimento al sistema di responsabilità degli enti, ARMONE, *La Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale e la responsabilità degli enti: spunti di riflessione*, in *Rivista 231*, 2006, 3, 121 ss.; ASTROLOGO, *La nozione di reato commesso ex art. 3 legge 146/2006 e i riflessi sul d.lgs. 231/2001*, *ibidem*, 111 ss.; ID., *I reati transnazionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un'analisi dell'art. 10 legge 146/2006*, *ivi*, 2009, 4, 71 ss.; BARTOLOMUCCI, *Reato transnazionale: ultima (opinabile) novellazione al d.gs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2006, 1163 ss.; EPIDENDIO, *Le nuove norme sui reati transnazionali e sulla responsabilità degli enti*, in *Corr. merito*, 2006, 877 ss.; MARENGHI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit., 259 ss.

¹⁷ Sulle ipotesi di reato previste dall'art. 2 della Convenzione *financing*, v. *infra* n. 3.2.

Dopo i drammatici attentati dell'undici settembre 2001 il fenomeno terroristico¹⁸ è tornato ad imporsi all'attenzione della comunità internazionale, evidenziando una strutturale metamorfosi quanto a forme di manifestazione, beni giuridici oggetto di aggressione, ampiezza e gravità degli effetti. La unanime, ferma reazione di condanna seguita agli attacchi è sfociata nell'adozione della Risoluzione n. 1373 del 28 settembre 2001 da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹⁹.

La Risoluzione invita gli Stati, al punto 1, a (a) prevenire e reprimere il finanziamento di atti terroristici nonché a (b) prevedere come reato le condotte di volontaria messa a disposizione o raccolta di fondi – attraverso ogni mezzo, sia in via diretta, sia indirettamente – con l'intenzione o la consapevolezza che tali fondi debbano essere utilizzati per la realizzazione di atti terroristici.

Per i profili che qui interessano, la Risoluzione prevede inoltre che gli Stati debbano (c) congelare fondi, attività finanziarie o risorse economiche appartenenti sia alle persone fisiche che commettono o tentano di commettere atti terroristici (o che vi partecipano, o che ne agevolano la realizzazione) sia agli *enti* da tali persone posseduti o controllati, sia alle persone (fisiche e *giuridiche*) che agiscono in nome, o sotto la direzione, di tali persone o enti. Da ultimo si prevede che gli Stati debbano (d) vietare a persone fisiche e *giuridiche* di mettere a disposizione di persone o enti coinvolti nell'esecuzione di atti terroristici fondi, attività finanziarie, risorse economiche, servizi finanziari o altri servizi collegati²⁰.

A livello europeo, il Consiglio dell'Unione ha dato espressa attuazione alla menzionata Risoluzione attraverso la posizione comune del 27 dicembre 2001 e il Regolamento (CE) n. 2580/2001. Entrambi gli atti²¹ contengono misure specifiche, contro determinate persone o entità, destinate a combattere il terrorismo: soprattutto si prevede il congelamento di capitali, attività finanziarie e risorse economiche di persone (fisiche o giuridiche), gruppi o entità coinvolti in atti terroristici²², e ricompresi in apposito elenco.

Particolare attenzione merita poi il più importante atto normativo europeo in materia, la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI), come riformata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI²³. Limitando l'analisi ai profili di nostro interesse, la Decisione quadro del 2002 introduce alcuni obblighi a carico degli Stati Membri con riferimento agli enti collettivi (artt. 7-8).

L'art. 7, rubricato "Responsabilità delle persone giuridiche", al paragrafo 1 prevede che ciascuno Stato Membro è tenuto all'adozione delle misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di uno dei reati terroristici (individuati dagli artt. 1-4 della Decisione quadro) commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto – che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo dell'ente – il quale detenga in seno alle

¹⁸ Amplessima la bibliografia in argomento: senza pretese di esaustività, v. tra gli altri REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, 1173 ss.; PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *St. iuris*, 2005, 1279 ss.; ROSI, *Voce Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, t. II, Torino, 2005, 1628 ss.; VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 648 ss.; AA. VV., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie, S. Seminara, Padova, 2007; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello' del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 62 ss.; MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013; FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016.

¹⁹ Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1373 del 28 settembre 2001, S/RES/1373 (2001). Il testo è consultabile all'indirizzo <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions>.

²⁰ Il testo originale della Risoluzione, al punto 1, così dispone:

«1. [The Security Council] Decides that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;

(b) Criminalize the wilful 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 carry out terrorist acts;

(c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities;

(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons».

²¹ Posizione comune 2001/931/PESC del Consiglio del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo e Regolamento (CE) n. 2580/2001 del Consiglio del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, entrambi pubblicati in GU L 344 del 28.12.2001 e consultabili all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

²² Si vedano, in termini sostanzialmente analoghi, l'art. 2 della posizione comune e l'art. 2 del Regolamento in esame.

²³ Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU L 164 del 22.6.2002 e Decisione quadro 2008/919/GAI del 28 novembre 2008 che modifica la Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU L 330 del 9.12.2008. I rispettivi testi possono essere anch'essi consultati all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

stesse una *posizione preminente*, basata sul potere di rappresentanza, decisionale o di controllo.

Il paragrafo 2 dell'art. 7 individua l'ipotesi di *culpa in vigilando* – in relazione ai medesimi soggetti apicali di cui al paragrafo 1 – laddove la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di costoro abbia reso possibile, ad opera di un sottoposto, la commissione di uno dei reati *ex artt.* 1-4 della Decisione quadro a vantaggio della persona giuridica.

La norma si chiude, al paragrafo 3, con l'affermazione dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'individuo («la responsabilità delle persone giuridiche non esclude l'avvio di procedimenti penali contro le persone fisiche» che abbiano commesso uno dei reati menzionati o che abbiano istigato qualcuno a commetterli o che vi abbiano concorso).

L'art. 8 della Decisione quadro descrive le «Sanzioni applicabili alle persone giuridiche», le quali, secondo la nota formula, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, e devono ricomprendere «ammende penali o non penali». Si ammettono anche altre tipologie di sanzioni, di natura sostanzialmente interdittiva, quali: *a)* misure di esclusione dal godimento di un beneficio o aiuto pubblico; *b)* misure di divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale; *c)* assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; *d)* provvedimenti giuridici di scioglimento; *e)* chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti utilizzati per commettere il reato.

A completamento dello scenario normativo sovranazionale, va osservato che anche la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo²⁴, siglata a Varsavia il 16 maggio 2005 – e, dunque, posteriore all'introduzione dell'art. 25-*quater* d.lgs. n. 231/2001 – prevede la responsabilità delle persone giuridiche in relazione a delitti di terrorismo. In particolare, l'art. 10 della Convenzione, fatta salva la responsabilità dell'autore del reato, stabilisce che gli Stati Parte introducano forme di responsabilità (penale, civile o amministrativa) a carico degli enti per la partecipazione a uno dei reati terroristici (artt. 5-7 e 9) indicati nella Convenzione. Nel contesto dell'Unione Europea, alcune delle disposizioni della Convenzione hanno trovato sostanziale attuazione nella Decisione quadro del 2008 sul terrorismo appena richiamata²⁵.

3.

L'introduzione dell'art. 25-*quater* (delitti con finalità di terrorismo o di eversione) nel “sistema 231”: la formulazione della fattispecie.

Questa dunque la cornice entro cui si inserisce la legge 14 gennaio 2003, n. 7 di ratifica della Convenzione *financing* del 1999. In particolare, l'art. 3 estende la sfera di operatività della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche mediante l'inserimento dell'art. 25-*quater* nel catalogo dei reati-presupposto del d.lgs. n. 231/2001, prevedendo un'ipotesi di illecito amministrativo dipendente dalla commissione di delitti con finalità di terrorismo o di eversione.

Per vero, il legislatore non aveva inizialmente previsto l'introduzione di un nuovo articolo nel corpo del “decreto 231”. Il testo del disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati, al fine di dare attuazione alla previsione dell'art. 5 della Convenzione *financing* e prevedere la corresponsabilizzazione degli enti collettivi, stabiliva che «Le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni, si applicano, in quanto compatibili, per i delitti previsti dall'articolo 270-*bis* del codice penale, ai soggetti di cui agli articoli 1 e 5 del medesimo decreto legislativo»²⁶. Si operava, dunque, per quanto non espressamente previsto, un semplice rinvio alle norme del decreto, senza contemplare l'aggiunta di un nuovo articolo nella “parte speciale” dello stesso. Non sfuggirà, inoltre, che l'*unico* reato-presupposto richiamato era quello di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico *ex art.* 270-*bis* c.p.

Il testo fu in seguito emendato attraverso un riferimento ai delitti commessi ponendo in essere uno degli atti di cui all'articolo 2 della Convenzione *financing*, sul rilievo che il solo

²⁴ *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*, consultabile sul sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>. Quanto alle sanzioni a carico degli enti, l'articolo 11, comma 3 della Convenzione prevede che esse – di natura penale o meno; anche di tipo pecuniario – siano efficaci, proporzionate e dissuasive, come già disposto in relazione alla persona fisica.

²⁵ In particolare, si vedano gli artt. 5-7 della Convenzione del Consiglio d'Europa riguardanti la criminalizzazione delle condotte di pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, reclutamento e addestramento a fini terroristici, se commessi illecitamente e intenzionalmente, in sostanza recepiti dall'art. 3 della Decisione quadro.

²⁶ Disegno di legge C. 2412, presentato alla Camera dei Deputati il 26 febbraio 2002. La documentazione relativa all'*iter* di approvazione della legge n. 7/2003 è consultabile all'indirizzo <http://legxiv.camera.it/>.

richiamo all'art. 270-*bis* c.p. dovesse ritenersi improprio, poiché tale norma prevede la responsabilità del singolo e non quella di una società o di un'associazione²⁷. In questa versione il provvedimento approdò al Senato, ove subì ulteriori rimaneggiamenti: la responsabilità degli enti, oltre che ai casi citati, venne estesa ad ogni ipotesi di delitto avente finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico e la previsione fu inserita nel decreto mediante l'introduzione dell'apposita fattispecie di cui all'art. 25-*quater*²⁸.

I problemi che una disposizione così congegnata avrebbe posto si profilavano già allora: in sede di seconda lettura alla Camera si era rilevata l'opportunità, in occasione di ratifiche di atti internazionali, di limitarsi a introdurre nell'ordinamento le sole disposizioni legislative strettamente consequenziali alla ratifica stessa, nonché di definire in maniera certa la finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, considerato che la stessa in alcuni casi funge da elemento costitutivo del reato e, in altri casi, da circostanza aggravante²⁹.

Queste osservazioni ben introducono il primo profilo su cui ci soffermerà: la tecnica di formulazione dell'art. 25-*quater*, attraverso l'esame dei due "set" di delitti-presupposto di matrice terroristica delineati dai commi 1 e 4 della disposizione.

3.1. *I delitti con finalità di terrorismo previsti dal codice penale e da leggi speciali (comma 1).*

L'art. 25-*quater* al comma 1 prevede quali reati-presupposto della responsabilità dell'ente tutti i «delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali». L'opzione legislativa di non procedere ad una tassativa elencazione delle singole fattispecie di reato cui si riconnette la responsabilità dell'ente costituisce, come sopra anticipato, un *unicum* nell'impianto del decreto³⁰: nessun'altra disposizione che disciplina i casi di «responsabilità amministrativa da reato» (artt. 24 ss. d.lgs. n. 231/2001) prevede rimandi generici – lo si vedrà di qui a poco – nell'individuazione del precetto. Al contrario, in tutte le norme della "parte speciale" del decreto «il legislatore ha proceduto ad un'indicazione "millimetrica" dei reati inclusi nell'ambito di applicazione del sistema di responsabilità delle persone giuridiche»³¹.

Sotto il profilo sanzionatorio, non essendo determinati in via tassativa i *predicate crimes*, anche la cornice edittale relativa alle sanzioni pecuniarie a carico dell'ente è necessariamente individuata facendo riferimento non a ciascun reato-presupposto, ma all'entità delle pene detentive stabilite per la persona fisica, di volta in volta in gioco. Per chiarire questo aspetto, è sufficiente la lettura del primo comma dell'art. 25-*quater* il quale, nel fissare minimi e massimi edittali, prevede due ipotesi: se il delitto commesso dalla persona fisica è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria applicabile all'ente oscilla tra duecento e settecento quote (lett. *a*); se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, all'ente potrà essere applicata una sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote (lett. *b*). L'apparato sanzionatorio è completato dalla previsione

²⁷ L'emendamento è illustrato in questi termini nel resoconto della seduta delle Commissioni riunite II (Giustizia) e III (Affari esteri) in sede referente, svoltasi in data 8 maggio 2002.

²⁸ Questa l'attuale formulazione dell'art. 25-*quater* d.lgs. n. 231/2001:

«1. In relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote;
b) se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

3. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 si applicano altresì in relazione alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati nel comma 1, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999».

²⁹ Così si legge nel resoconto stenografico della seduta della Camera del 16 dicembre 2012, in sede di seconda lettura delle modifiche introdotte dal Senato all'art. 3 del disegno di legge.

³⁰ PAVARANI, *La responsabilità dell'ente per i delitti con finalità di terrorismo*, cit., 2896.

³¹ LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1194. In termini analoghi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 266 s.

del comma 2, il quale introduce la possibilità di applicare sanzioni interdittive, *ex art. 9*, comma 2 del decreto, per una durata non inferiore a un anno; da ciò discende, correlativamente e ricorrendone i presupposti, la possibilità di applicare le stesse misure anche in chiave cautelare.

Poiché dunque il dato letterale dell'art. 25-*quater* comma 1 rimanda a tutti quei delitti, previsti dal codice penale e dalla legislazione complementare, connotati dalla finalità terroristica o eversiva, apparentemente «si tratterebbe solo di operare una ricognizione sul materiale legislativo» resa più complessa dall'assenza di un rinvio puntuale a singole disposizioni ma in ogni caso assistita «dalle medesime garanzie di determinatezza e tassatività assicurate dalla [...] tecnica di rinvio»³².

A ben guardare, tuttavia, nella selva di norme previste dal codice penale e da leggi speciali il riferimento alla “finalità di terrorismo” – nozione, mette conto ricordarlo, essa stessa intrinsecamente fluida, e che stenta a trovare una definizione condivisa – non pare una bussola ermeneutica sufficientemente sicura, in grado di porre l'art. 25-*quater* al riparo da censure. Ciò era tanto più vero quando nel nostro codice penale non era presente una definizione di finalità di terrorismo o eversione: anche sul terreno della responsabilità degli enti si era invero osservato come ciò potesse costituire una violazione sostanziale del principio di legalità, poiché si rimetteva alla giurisprudenza l'elaborazione di tale concetto³³. Con l'introduzione dell'art. 270-*sexies* c.p.³⁴ il legislatore ha inteso superare i problemi definitori, delineando le caratteristiche della “finalità di terrorismo” ai fini dell'applicazione della legge penale. Non può non osservarsi, tuttavia, come proprio l'ultima parte di questa disposizione si caratterizzi, a sua volta, per un rinvio aperto a tutte le «altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». Una definizione concettualmente ampia, che probabilmente più che circoscrivere l'ambito delle fattispecie rilevanti ai fini della responsabilità dell'ente, alimenta dubbi in punto di rispetto del principio di precisione.

Per il modo in cui è formulato, l'art. 25-*quater* comma 1 svela infatti un *deficit* di tipizzazione per ciò che concerne l'individuazione dei reati-presupposto cui opera rinvio, con ciò risultando difficilmente conciliabile con la previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 231/2001.

Non sono peraltro nuove nel panorama dottrinale e giurisprudenziale le critiche mosse a taluni reati-presupposto sul fronte appena richiamato: si va dai reati ambientali³⁵ – naturalmente prima della loro inclusione nel “catalogo 231” –, al tema della confiscabilità del profitto derivante dai reati tributari agli enti³⁶, al reato associativo³⁷ – e al suo utilizzo quale veicolo per dare ingresso ai delitti fine –, per arrivare ai giorni nostri alle riserve avanzate nei confronti del

³² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 267.

³³ PAVARANI, *La responsabilità dell'ente per i delitti con finalità di terrorismo*, cit., 2896.

³⁴ La norma, inserita dall'art. 15, comma 1 del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144 (*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*), in G.U. n. 173 del 27.7.2005, convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005, n. 155, così dispone: «Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». Per un commento v. VALSECCHI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1103, nonché ID., *Sub art. 270-sexies c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Gatta, IV ed., t. II, Milano, 2015, 3028 ss.

³⁵ Si veda in particolare Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 3635, *Ilva*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2014, con nota di TRINCHERA, *Caso Ilva: La Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*. Nell'ambito della nota vicenda *Ilva*, i giudici di legittimità, pronunciandosi in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente *ex artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231/2001*, hanno ribadito come non si possano considerare, ai fini della responsabilità amministrativa degli enti, fattispecie di reato non contemplate nel catalogo dei reati-presupposto. La Corte ha altresì escluso che reati inidonei a fondare la responsabilità dell'ente – nel caso di specie, alcune violazioni in materia ambientale – possano essere recuperati quali delitti fine, attraverso la contestazione della fattispecie associativa, in violazione del principio di tassatività. Riafferma la piena vigenza del principio di legalità in questa materia anche Cass. pen., sez. III, 14 aprile 2015 (dep. 30 settembre 2015), n. 39373, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2015, con nota di PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, in *questa Rivista*, 2/2015, 190 ss.

³⁶ Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, *Gubert*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014, con nota di TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, che ha stabilito il principio per cui in tema di reati tributari – laddove pure non è prevista la responsabilità dell'ente – la confisca ‘diretta’ è ammissibile anche nei confronti di una persona giuridica per le violazioni fiscali commesse dal legale rappresentante o da altro organo nell'interesse della società, quando il profitto sia rimasto nella disponibilità dell'ente; viceversa, non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ‘per equivalente’ qualora non sia stato reperito il profitto del reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica, salvo che quest'ultima costituisca uno schermo fittizio.

³⁷ In argomento D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti di criminalità organizzata*, in *Rivista* 231, 2010, 2, 39 ss.; CONSORTE, GUERINI, *Reati associativi e responsabilità degli enti*, ivi, 2013, 2, 299 ss. In giurisprudenza, con riferimento al caso *Ilva*, v. *supra*, nota 35; per una lettura opposta, in ipotesi di associazione per delinquere transnazionale finalizzata alla commissione di reati non previsti tra quelli fondanti la responsabilità dell'ente (nella specie, tributari), nel senso di ritenere che il profitto confiscabile all'ente possa consistere nel complesso dei vantaggi direttamente conseguente dall'insieme dei reati-fine, in quanto imputabile all'associazione, autonoma dai reati-fine, v. Cass. pen., sez. III, 14 ottobre 2015 (dep. 23 novembre 2015), n. 46162, *Verbatim*, consultabile su www.iusexplorer.it.

delitto di autoriciclaggio³⁸.

In questo scenario tutto sommato caratterizzato da una certa vivacità, sorprende invece il silenzio sull'art. 25-*quater*: eppure – si è già anticipato ma avremo modo adesso di meglio precisare – non mancano le ragioni di perplessità sulla scelta compiuta dal legislatore.

In primo luogo, lo si è accennato, appare davvero complesso risalire a una elencazione esaustiva delle fattispecie aventi finalità di terrorismo che possono costituire reato-presupposto; è di fatto integralmente rimesso all'interprete il compito di individuare quali siano, in concreto, le specifiche ipotesi contrassegnate da tali finalità, dalle quali far dipendere la responsabilità dell'ente. Se questa operazione è più agevole rispetto ai delitti previsti dal codice penale, dovendo essenzialmente farsi riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 270 bis ss.³⁹, maggiori problemi pone allorché si volga lo sguardo alla legislazione complementare. In particolare, il d.lgs. n. 625/1979, convertito con modificazioni nella l. n. 15/1980, prevede una circostanza aggravante comune⁴⁰, ritenuta dalla giurisprudenza pacificamente applicabile a tutti i reati. Dunque, laddove si riscontrasse la 'finalità di terrorismo' di cui alla detta aggravante, quest'ultima potrebbe potenzialmente aprire un varco per l'ingresso di qualsivoglia fattispecie criminosa nel novero dei reati-presupposto della responsabilità degli enti.

Per evitare un simile esito si è avanzata una lettura 'riduttiva', della nozione di delitti con finalità di terrorismo di cui all'art. 25-*quater* tesa a dar rilievo ai soli casi in cui detta finalità costituisca un *elemento costitutivo* della fattispecie, e non anche a quelli nei quali integri solo una circostanza aggravante⁴¹. Il risultato è certamente quello di assicurare una delimitazione della portata dell'art. 25-*quater* comma 1, maggiormente in linea con il principio di precisione. Pur sorretta dai migliori propositi, l'impostazione prospettata tuttavia non convince: sia la lettera della norma – genericamente ancorata alla finalità terroristica, senza che sia possibile individuare elementi selettivi ulteriori – sia una interpretazione in chiave teleologica che valorizzi la *voluntas legis*, indirizzata in modo inequivocabile verso modalità di repressione del fenomeno ad ampio spettro, depongono nel senso della riconducibilità dei delitti comuni aggravati dalla finalità di terrorismo nell'alveo dell'art. 25-*quater*⁴².

La tecnica di formulazione adoperata ha altresì sollevato il dubbio se il riferimento ai delitti «previsti» dal codice penale e dalla legislazione complementare debba essere inteso nel senso che ad essere ricompresi nell'ambito della disposizione in esame siano i soli delitti con finalità terroristica già previsti nel nostro ordinamento al momento dell'entrata in vigore dell'art. 25-*quater*⁴³.

Anche in questo caso a prevalere deve però essere una interpretazione che tenga conto

³⁸ Per un confronto tra impostazioni di segno diverso, v. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in questa *Rivista*, 1/2015, 134; BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016, 20; GULLO, *Autoriciclaggio. Voce per il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, ivi, 21 dicembre 2015, 13; ID., *La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., 3024 ss.; SANTORIELLO, *Alcune precisazioni in tema di autoriciclaggio e responsabilità da reato delle società*, in *Rivista 231*, 2016, 1, 154 ss.

³⁹ Volendo tentare una ricognizione delle norme del codice penale che vengono in rilievo ai sensi dell'art. 25-*quater* comma 1, si dovrebbe fare riferimento alle seguenti disposizioni: associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* c.p.); assistenza agli associati (art. 270-*ter* c.p.); arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quater* c.p.); organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270-*quater*.1 c.p.); addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quinquies* c.p.); finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quinquies*.1); la definizione di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*sexies* c.p.); attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 c.p.); atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (art. 280-*bis* c.p.); atti di terrorismo nucleare (art. 280-*ter* c.p.); sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis* c.p.); istigazione a commettere alcuno dei delitti preveduti dai capi primo e secondo (art. 302 c.p.). Riteniamo, dunque, che anche le norme da ultimo introdotte con le riforme di cui al decreto legge n. 7/2015 e legge n. 153/2016 – su cui, *infra* – debbano farsi rientrare tra i possibili reati-presupposto. Sull'elenco delle norme codicistiche rilevanti, v. in senso sostanzialmente analogo GALLI, *Sub Articolo 25 quater*, cit., 562 ss.

⁴⁰ Si riporta il testo dell'art. 1 del decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625 (*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, convertito con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15 e successivamente modificato dalla legge 14 febbraio 2003, n. 34):

«Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato.

Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al comma precedente.

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

Per un commento si veda DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625*, in *Legisl. pen.*, 1981, 36 ss.; BELFIORE, *Voce Terrorismo (D.l. 15 dicembre 1979, n. 625. Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica conv. in l. 6 febbraio 1980, n. 15 con modificazioni)*, in *Commentario breve*, cit., 2917 ss.

⁴¹ In questo senso LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1197; LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche (sub art. 25 quater)*, cit., 2350; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 267.

⁴² Dello stesso avviso PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, cit., 1284; GALLI, *Sub Articolo 25 quater*, cit., 566, nota 4; MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 236.

⁴³ Questa la tesi di LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1197 s.

della chiara *ratio* della norma e che, in definitiva, sia anche più aderente alla formulazione “aperta” adottata dal legislatore, con l’intento di farne una «clausola generale», il cui ruolo è quello di consentire l’applicazione del “decreto 231” tanto alle ipotesi presenti al tempo della sua introduzione, quanto a quelle future di delitti con finalità terroristica⁴⁴.

Una diversa conclusione, d'altronde, equivarrebbe a negare ingresso nel novero dei reati-presupposto alle fattispecie codicistiche di più recente introduzione (il riferimento è alle riforme attuate con il d.l. n. 7/2015⁴⁵ e, da ultimo, con il d.lgs. n. 153/2016⁴⁶), con ciò contraddicendo le cristalline opzioni di politica criminale del legislatore nel settore del contrasto al terrorismo. Non avrebbe infatti senso ritenere che, a fronte di un aumento esponenziale della minaccia terroristica, intensificatasi anche dopo l’introduzione dell’art. 25-*quater* e assurta a livello di priorità nell’agenda del legislatore, la reazione dell’ordinamento – con l’arretramento della soglia di rilevanza penale, e, per l’effetto, l’ampliamento dell’area di punibilità – debba investire solo la posizione della persona fisica e non anche quella della *societas*.

3.2. *I delitti commessi in violazione dell’art. 2 della Convenzione di New York per la repressione del finanziamento del terrorismo (comma 4).*

Non si sottrae a rilievi – e anzi, appaiono forse dotati di ancor maggiore spessore – il comma 4 dell’art. 25-*quater*, il quale si riferisce «alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati nel comma 1, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall’articolo 2» della Convenzione *financing*.

⁴⁴ Così LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche* (sub art. 25 quater), cit., 2350. A tale conclusione approdano anche DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 268 e PAVARANI, *La responsabilità dell’ente per i delitti con finalità di terrorismo*, cit., 2896.

⁴⁵ Decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 (*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. n. 41 del 19.2.2015, convertito in legge 17.4.2015, n. 43. Sul versante sostanziale il provvedimento ha disposto l’introduzione di norme incriminatrici (come il nuovo art. 270-*quater*.1 c.p., “organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo”) e l’estensione dell’ambito di operatività di fattispecie esistenti (in particolare prevedendo, con riguardo all’ipotesi dell’art. 270-*quater* c.p., la punibilità anche del soggetto arruolato e, con riferimento all’art. 270-*quinquies* c.p., sottoponendo alla stessa pena già prevista per la persona addestrata anche la persona che, avendo acquisito anche autonomamente le istruzioni, ponga in essere comportamenti finalizzati alla commissione di un delitto terroristico). In argomento si rinvia a A.A.V.v., *Il nuovo pacchetto antiterrorismo*, a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Torino, 2015; CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in questa Rivista, 1/2015, 226 ss.; COLAIOTTO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen. online*, 2015, 1 ss.; FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 926 ss.; LEO, *Nuove norme in materia di terrorismo. Voce per il libro dell’anno del diritto Treccani 2016*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2015, 1 ss.

⁴⁶ Legge 28 luglio 2016, n. 153 (*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. n. 185 del 9.8.2016, suppl. ord. n. 31. Oltre a ratificare le richiamate Convenzioni, la legge introduce nel codice penale nuove le nuove fattispecie di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quinquies*.1), sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (art. 270-*quinquies*.2), atti di terrorismo nucleare (art. 280-*ter*). Per un commento v. BERTOLESI, *Ancora nuove norme in materia di terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2016; FASANI, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1555 ss.

L'art. 2 della Convenzione *financing*⁴⁷ appena richiamato è una disposizione assai articolata, intesa sostanzialmente a incriminare condotte di finanziamento del terrorismo. Nel paragrafo 1 sono punite le condotte di chi, con qualsiasi mezzo, in via diretta o indiretta fornisce o raccoglie fondi con l'intenzione di utilizzarli, o sapendo che saranno utilizzati, al fine di commettere: *a*) un atto che costituisce reato secondo quanto previsto da una delle Convenzioni indicate in allegato alla Convenzione *financing*; *b*) reati di omicidio o gravi lesioni contro civili o altri soggetti comunque non partecipanti alle ostilità, per intimidire una popolazione o costringere un Governo o una organizzazione internazionale a fare o non fare qualcosa.

I paragrafi seguenti sono dedicati rispettivamente all'incriminazione del tentativo (paragrafo 4), delle condotte di partecipazione, organizzazione o direzione, del concorso di persone e infine del favoreggiamento (paragrafo 5).

Pare subito opportuno sgombrare il campo da una prima questione: a dispetto della tesi secondo cui l'art. 25-*quater* comma 4, nel riferirsi a delitti *diversi* da quelli indicati nel comma 1, richiamerebbe in questi casi fattispecie non caratterizzate dalla finalità di terrorismo⁴⁸, si deve invece osservare che le figure delineate dall'art. 2 della Convenzione sono tutte comunemente ispirate a finalità terroristiche, al di là del fatto che detta finalità sia espressamente prevista o meno⁴⁹.

La previsione dell'art. 25-*quater* comma 4 colpisce, ancora una volta, per l'indeterminatezza e per l'ampiezza dei rimandi normativi, che pure dovrebbero consentire di individuare il precetto. L'integrale riferimento all'art. 2 della Convenzione *financing*, comporta, a ben vedere, un doppio rinvio: in particolare, l'art. 2, paragrafo 1 lett. *a*) della Convenzione, ai fini dell'individuazione delle condotte costituenti reato, rinvia, a sua volta, ai testi delle (ben nove) Convenzioni ad essa allegate⁵⁰ e, dunque, ai reati in esse previsti.

Questa infelice tecnica di redazione della fattispecie dilata ulteriormente l'area di incriminazione, in frontale violazione del principio di tassatività, dal momento che rende parti-

⁴⁷ Si riporta, per comodità del lettore, il testo originale dell'art. 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999:

«1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and wilfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out:

(a) An act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex; or
 (b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

2. (a) On depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, a State Party which is not a party to a treaty listed in the annex may declare that, in the application of this Convention to the State Party, the treaty shall be deemed not to be included in the annex referred to in paragraph 1, subparagraph (a). The declaration shall cease to have effect as soon as the treaty enters into force for the State Party, which shall notify the depositary of this fact;
 (b) When a State Party ceases to be a party to a treaty listed in the annex, it may make a declaration as provided for in this article, with respect to that treaty.

3. For an act to constitute an offence set forth in paragraph 1, it shall not be necessary that the funds were actually used to carry out an offence referred to in paragraph 1, subparagraphs (a) or (b).

4. Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of this article.

5. Any person also commits an offence if that person:

(a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 4 of this article;
 (b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 4 of this article;
 (c) Contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraphs 1 or 4 of this article by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of an offence as set forth in paragraph 1 of this article; or
 (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit an offence as set forth in paragraph 1 of this article».

⁴⁸ Ritiene DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 268, che «l'unico profilo di determinatezza di questa complessa formulazione è dato, paradossalmente, dalla clausola di riserva: deve trattarsi cioè di delitti non contrassegnati dalla finalità terroristiche-eversiva già presa in considerazione».

⁴⁹ Così osserva LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1200 s. Ad esempio, guardando al paragrafo 1, lett. *a*), può rilevarsi che i reati previsti dalle varie Convenzioni ivi richiamate (a titolo di esempio, impossessamento con violenza o minaccia di un aeromobile, oppure, uccisione o sequestro di una persona internazionalmente protetta) sono posti «storicamente in essere da organizzazioni terroristiche». Inoltre, anche la finalità di intimidire la popolazione o costringere un Governo o una organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un atto (paragrafo 1, lett. *b*) risulta essere pressoché coincidente con una delle manifestazioni del «reato terroristico» previsto dall'art. 1, paragrafo 1 della Decisione quadro 2002/475/GAI, riferimento, come noto, per l'interpretazione della «finalità di terrorismo» prevista dalla legislazione italiana.

⁵⁰ Nell'individuazione dei reati rilevanti ai sensi della Convenzione *financing*, l'art. 2, paragrafo 1 lett. *a*) opera esplicito rinvio alle disposizioni incriminatrici contenute nelle seguenti Convenzioni, alla stessa allegate: 1. Convenzione per la repressione dell'illecito sequestro di aeromobili (L'Aja, 16 dicembre 1970); 2. Convenzione per la repressione di atti illeciti diretti contro la sicurezza dell'aviazione civile (Montreal, 23 settembre 1971); 3. Convenzione sulla prevenzione e repressione dei reati contro le persone che godono di protezione internazionale, compresi gli agenti diplomatici (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1973); 4. Convenzione internazionale contro la cattura di ostaggi (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 1979); 5. Convenzione internazionale sulla tutela del materiale nucleare (Vienna, 3 marzo 1980); 6. Protocollo per la repressione di atti illeciti di violenza negli aeroporti utilizzati dall'aviazione civile internazionale, complementare alla Convenzione per la repressione di atti illeciti diretti contro la sicurezza dell'aviazione civile (Montreal, 24 febbraio 1988); 7. Convenzione per la repressione di atti illeciti diretti contro la sicurezza della navigazione marittima (Roma, 10 marzo 1988); 8. Protocollo per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale (Roma, 10 marzo 1988); 9. Convenzione internazionale per la repressione di attentati terroristici perpetrati con esplosivo (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 dicembre 1997).

colarmente complessa l'individuazione puntuale delle singole ipotesi in grado di fondare la responsabilità dell'ente in materia di delitti di terrorismo.

Ciò comporta, come si preciserà a breve, l'impossibilità per le *corporations* di definire con sufficiente chiarezza l'area del rischio-reato sul versante della redazione dei contenuti dei modelli di organizzazione e gestione. Poiché l'adozione e implementazione di un modello idoneo⁵¹ costituisce, sul piano normativo, l'unico strumento che consenta all'ente di andare esente da responsabilità in base al "decreto 231" nell'ipotesi di commissione di un reato-presupposto, è evidente che il soggetto collettivo debba essere messo in condizione di conoscere quali siano le fattispecie in relazione alle quali dover approntare tali meccanismi di prevenzione.

In verità, a voler andare a fondo della questione, a seguito dell'introduzione del già richiamato art. 270-*sexies* c.p. con cui il legislatore nazionale offre una definizione di "condotte con finalità di terrorismo", il richiamo operato dall'art. 25-*quater* comma 4 alle violazioni dell'art. 2 della Convenzione *financing* potrebbe addirittura apparire superfluo⁵². L'art. 270-*sexies* c.p., infatti, fa rientrare nella succitata definizione anche «le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia», tra le quali è sicuramente ricompresa anche la Convenzione *financing*. Inoltre, come è stato osservato, l'art. 270-*sexies* c.p. deve essere interpretato alla luce delle fonti sovranazionali vincolanti per l'Italia, dunque in maniera conforme sia alla definizione di terrorismo contenuta nella Decisione quadro 2002/475/GAI, sia, in chiave sistematica, a quella ricavabile dalla Convenzione *financing*. Il risultato è che gli atti qualificabili come terroristici ai sensi dell'art. 270-*sexies* c.p. devono essere tendenzialmente i medesimi descritti dalle suddette fonti sovranazionali⁵³.

4. I criteri oggettivi d'imputazione: le nozioni di interesse o vantaggio.

Se la tecnica di formulazione dell'art. 25-*quater* concorre a delineare un'ipotesi che, nei termini anzidetti, si distanzia dai principi generali del "sistema 231" – in particolare per quanto concerne il rispetto del principio di legalità *ex* art. 2 del decreto – questa impressione è rafforzata laddove si passi a esaminare il secondo profilo problematico: l'operare in questo contesto dei criteri oggettivi d'imputazione⁵⁴.

Anche in materia di delitti di terrorismo, la corresponsabilizzazione della persona giuridica non può prescindere dalla realizzazione di un reato, che rientri tra quelli posti a fondamento della responsabilità *ex* crimine degli enti, commesso «nel suo interesse o a suo vantaggio» (art. 5, comma 1 d.lgs. n. 231/2001). Non è qui possibile ripercorre i termini del dibattito circa le due nozioni appena richiamate e la loro autonomia o coincidenza. Ai nostri fini, è sufficiente richiamare l'approdo ermeneutico oggi condiviso volto a riconoscere specifica rilevanza concettuale ai due requisiti: l'interesse deve consistere in una proiezione finalistica della condotta,

⁵¹ In argomento MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Rivista 231*, 2011, 3, 69 ss.; FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 173 ss.; CAVALLINI, *Il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi: barlumi di colpa nell'eterno meriggio della responsabilità in re ipsa dell'ente?*, in *Rivista 231*, 2015, 4, 157 ss.; D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei Modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, ivi, 2015, 1, 51 ss.; MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Bologna, 2016, 137 ss.

⁵² MASARONE, *La responsabilità delle persone giuridiche in rapporto ai delitti di terrorismo*, cit., 237.

⁵³ VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 sexies c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front)*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2013, 8 s.

⁵⁴ Sul tema v. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1130 ss.; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 145 ss.; ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, 649 ss.; VENEZIANI, *Art. 5. Responsabilità dell'ente*, cit., 104 ss. In particolare sulla nozione di interesse v. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.

il vantaggio in un dato oggettivo⁵⁵.

I concetti di “interesse” e “vantaggio” si inseriscono nella cornice di un sistema, quale quello introdotto dal decreto del 2001, strutturalmente «indirizzato [...] verso forme di patologia [...] “ordinaria”: tipiche cioè dell’operare economico, dove la *funzionalizzazione* criminosa [...] è un fenomeno, se non impossibile, piuttosto raro, ed in cui la commissione di reati [...] può discendere come effetto “collaterale” dalla proiezione della società (sostanzialmente sana) verso una dimensione di *profitto*»⁵⁶.

Esiste, dunque, una stretta connessione tra l’attività dell’ente collettivo e la struttura dell’illecito penale, che dovrebbe determinare e limitare la scelta dei reati-presupposto: il sistema repressivo previsto dal d.lgs. n. 231/2001 ha, quale obiettivo primario, la prevenzione del reato di impresa, «sviluppo accidentale (patologico) di una attività aziendale e/o societaria (fisiologica)»⁵⁷.

In altri termini, appare davvero difficile concepire nozioni di “interesse” o “vantaggio” che prescindano da logiche di natura economica, tipiche della *corporation*, per acquisire i caratteri propri dell’ideologia terroristica. Non a caso l’art. 5 della Convenzione *financing*, nel richiedere agli Stati Parte di introdurre forme di responsabilità dell’ente per reati commessi da apicali o subordinati, non opera riferimenti a nessuno dei due criteri⁵⁸.

Nei delitti di terrorismo la persona fisica in posizione apicale o il soggetto sottoposto agiranno spinti, anzitutto, da motivi ideologici o religiosi: difficile invece immaginare che, nel sostenere la causa terroristica, essi intendano recare all’ente di appartenenza un interesse o un vantaggio. Peraltro, il nodo interpretativo principale consiste nel riuscire a riempire di contenuto queste nozioni. A volersi in concreto rappresentare situazioni in cui un soggetto qualificato e organicamente inserito nella struttura societaria commetta un delitto connotato da finalità terroristiche, sembrano potersi delineare, essenzialmente, due possibili ipotesi: *i*) l’azione è posta in essere da un individuo legato sì da rapporto funzionale con l’ente, il quale però agisce nell’interesse esclusivamente proprio o di terzi – e tuttavia, ai sensi dell’art. 5, comma 2 d.lgs. 231/2001, per tali ipotesi l’ente non risponde; *ii*) l’ente ha strutturalmente finalità terroristica ed è intrinsecamente illecito, e allora l’apparato predisposto dal “decreto 231” non è a esso rivolto in via principale.

Appare cioè «inverosimile», sul piano criminologico, che un ente, il quale ordinariamente operi sul mercato, decida, ad un certo momento, di deviare dall’attività lecita e destinare una parte del capitale al finanziamento del terrorismo. Più ragionevole pensare che la (apparentemente) normale attività d’impresa costituisca *ab initio* uno schermo per la vera attività dell’ente, e che la *societas* sia, di per sé, criminale⁵⁹.

L’art. 25-*quater* costituisce dunque – insieme con il caso dei delitti di criminalità organizzata introdotti dall’art. 24-*ter* del decreto – l’esempio più chiaro della teorizzata contrapposizione tra “associazioni illecite” e “illeciti delle associazioni”⁶⁰. L’ipotesi dell’ente intrinsecamente illecito, «il cui oggetto sia cioè proiettato in modo specifico verso la commissione di reati»⁶¹ è stata, peraltro, presa in considerazione dal legislatore (art. 16 d.lgs. n. 231/2001, dedicato

⁵⁵ Uno dei principali argomenti in favore della tesi “dualistica” discende dal §3.2 della *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, consultabile, tra l’altro, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 15, ove si legge: «il richiamo all’interesse dell’ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e [...] “si accontenta” di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall’ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*». Anche la giurisprudenza di legittimità ha aderito a questa impostazione a partire da Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005 (dep. 30 gennaio 2006), n. 3615, *Jolly Mediterraneo s.r.l.*, in *Soc.*, 756 ss. (con nota di BARTOLOMUCCI, *Reato dell’amministratore e parametro oggettivo di imputazione della persona giuridica*): «Non sembra [...] da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione [...]. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa “e” [...] e non la congiunzione disgiuntiva “o” presente invece nella norma, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse “a monte” della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell’illecito, rispetto ad un vantaggio oggettivamente conseguito all’esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall’agente».

⁵⁶ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 10.

⁵⁷ CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 207.

⁵⁸ Se la Convenzione *financing* all’art. 5 non esplicita nessuno dei due requisiti, si segnala che il disposto dell’art. 7, paragrafi 1-2 della Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta al terrorismo, riferendosi alla responsabilità della persona giuridica, reintroduce il criterio del “vantaggio”.

⁵⁹ In questi termini ancora CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 207 s.

⁶⁰ Il richiamo è naturalmente a PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 418 ss. Anche in giurisprudenza si è rilevata l’esistenza di questa dicotomia. «È di agevole intuizione, infatti, la diversità strutturale tra l’impresa criminale – la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) – e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto»: in questi termini v. Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, *Fisia Italimpianti S.p.a.*, in *Cass. pen.*, 2008, 4557, con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni unite*.

⁶¹ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 9.

alle sanzioni interdittive applicate in via definitiva)⁶², anche se in misura senz'altro marginale nell'economia del decreto.

La previsione generale dell'art. 16 è espressamente ribadita, con riferimento ai delitti di terrorismo, dall'art. 25-*quater* comma 3, laddove si afferma che se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire la commissione di reati con finalità di terrorismo o eversione, ad esso si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

5.

Le ricadute sui modelli di organizzazione e gestione.

Arriviamo così all'ultimo profilo problematico, originato dall'inclusione, secondo le modalità prescelte dal legislatore, dei reati di terrorismo nel "sistema 231"; ovverosia, ai riflessi sul terreno della redazione dei modelli organizzativi, fulcro del meccanismo di ascrizione della responsabilità all'ente e del rimprovero mosso nei suoi confronti.

Il *predicate crime* deve infatti costituire «espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione»⁶³. Per ciò che attiene alle dinamiche dell'imputazione soggettiva, il collegamento è rappresentato – per l'appunto – dal modello, secondo la modulazione scandita dagli artt. 6-7 d.lgs. n. 231/2001, come noto differente quanto a struttura ed effetti a seconda che ad agire siano soggetti in posizione apicale o subordinata. Il modello organizzativo si profila quale *solo* strumento in grado di dissociare la posizione della persona giuridica da quella della persona fisica autrice del reato, determinando per l'ente collettivo l'esonero da responsabilità *ex crimine*, e senza qui toccare la questione del ruolo da esso rivestito sul piano "premiale"⁶⁴. Logicamente connesso a quanto detto è poi il tema della idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, del suo essere, come efficacemente osservato, «a prova di giudice»⁶⁵.

Nello scenario qui tratteggiato per grandi linee, non sfuggirà come il primo, fondamentale passo nella costruzione di un modello efficace consista nella chiara delimitazione dell'area di rischio-reato. L'individuazione delle attività/funzioni aziendali "sensibili", nell'ambito delle quali possano essere commessi *specifici* reati, è il presupposto per la messa a punto delle cautele da parte del soggetto collettivo: in assenza di ciò saremo in presenza di modelli espressivi solo di una *paper policy*, come tali destinati a una sicura valutazione in termini di inadeguatezza in sede giudiziale. Un modello dunque sì adottato, ma non certo da considerare idoneo, con ovvie ricadute sull'effettiva possibilità, per il soggetto collettivo, di andare esente da responsabilità.

La norma dell'art. 25-*quater* non consente di effettuare una simile, compiuta mappatura dei rischi, di fatto neutralizzando il meccanismo preventivo di cui al "decreto 231". Accogliendo la lettura più estensiva della norma, sopra prospettata, si richiederebbe infatti all'ente di tenere un comportamento, di fatto, inesigibile⁶⁶: quello cioè di predisporre cautele volte a prevenire la commissione di qualsiasi reato aggravato dalla finalità di terrorismo⁶⁷.

Che si tratti di una condotta che in concreto non è realizzabile dall'ente è del resto dimostrato da un esame delle soluzioni delineate nelle Linee Guida e nei modelli organizzativi adottati dalle imprese più esposte al rischio-reato in questione. Per approntare una "copertura" rispetto alle ipotesi di delitti di matrice terroristica *ex art. 25-*quater**, nella prassi si ricorre al più saldo appiglio costituito dalle precauzioni che l'ente è tenuto a predisporre con riferimento al riciclaggio: i modelli organizzativi finiscono cioè per ricalcare, nel merito, le regole di prevenzione riferibili alle ipotesi dell'art. 25-*octies* del decreto (rubricato "ricettazione, riciclaggio

⁶² Sulla disposizione LOTTINI, *Voce Responsabilità delle persone giuridiche* (sub art. 16), in *Commentario breve*, cit., 2335 s.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 239 ss.

⁶³ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 16. In argomento, v. in particolare PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2006, 3, 167 ss., nonché VILLANI, *"Colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Roma, 2012.

⁶⁴ Sulle funzioni del modello, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, Parte I, cit., 377 ss.

⁶⁵ L'efficace espressione è di PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., 47.

⁶⁶ LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1196. Sulla categoria dell'inesigibilità, nella manualistica v. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 451 ss. Si rinvia inoltre ampiamente a FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 3 ss.

⁶⁷ Si veda *supra*, n. 3.1.

e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio⁶⁸). È così la prassi a procedere a una ragionevole delimitazione del raggio di azione della previsione qui in esame, concentrando gli enti la loro attenzione su quelle che la realtà empirica dimostra essere le attività a rischio – essenzialmente, il supporto al terrorismo attraverso condotte di finanziamento.

Queste osservazioni si traggono, come si è appena ricordato, dal raffronto tra modelli organizzativi predisposti da soggetti che svolgono attività sensibili rispetto alla realizzazione di delitti con finalità di terrorismo⁶⁹ e, dunque, maggiormente interessati ad allestire un arsenale preventivo per evitarne la commissione. Il riferimento è ai modelli del settore bancario, i quali anche in virtù dell'esperienza maturata – si pensi alle Linee Guida per l'adozione di modelli organizzativi elaborata da parte della più rappresentativa associazione di categoria⁷⁰ – possono costituire un punto di partenza per svolgere qualche breve considerazione, seppur limitata a questo ambito.

I delitti di terrorismo si fanno rientrare nella categoria dei cd. reati peculiari⁷¹, i quali possono presentare rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca: rispetto ad essi si rende necessaria la verifica dei sistemi di controllo relativi alle aree di rischio, al fine di consentirne l'adeguamento ai dettami del decreto.

Sebbene la natura dei delitti di cui all'art. 25-*quater* sia tale da far ritenere che, ove uno di essi sia commesso, l'agente abbia probabilmente agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (così profilandosi per il soggetto collettivo l'esimente di cui all'art. 5 comma 2) e che, in ogni caso, sia difficile «prefigurare un interesse o anche solo un vantaggio della banca a seguito della concessione di un finanziamento destinato ad agevolare una attività terroristica [...] ovvero destinato alle finalità di cui al citato art. 2 della Convenzione di New York»⁷², si impone comunque una valutazione dell'idoneità dei presidi esistenti a prevenire la commissione di tali illeciti.

Nella “parte speciale” dei modelli in discorso è possibile riscontrare alcune caratteristiche comuni. In primo luogo, si rinviene una elencazione delle norme connotate dalla finalità di terrorismo o eversione, con l'obiettivo di enucleare i reati che astrattamente potrebbero comportare la responsabilità dell'ente. Si osserva che i riferimenti si limitano alle fattispecie, di più agevole individuazione, previste dal codice penale; anche la più volte menzionata aggravante comune della finalità di terrorismo è spesso richiamata (a riprova del fatto che anche gli operatori non escludano tali ipotesi dall'area del “penalmente rilevante”). Per lo più è invece operato soltanto un rimando, *ex art. 25-*quater* comma 4*, ai contenuti dell'art. 2 della Convenzione *financing*, senza tentare una ricognizione esaustiva delle diverse ipotesi di reato. Ciò sembrerebbe confermare come la genericità del rinvio operato dall'art. 25-*quater* d.lgs. n. 231/2001 trasmigri sul piano della redazione dei modelli organizzativi: per evitare lacune, si preferisce rinunciare ad una tipizzazione di tutte le possibili norme incriminatrici.

Inoltre, come si anticipava, i protocolli delineati per prevenire la commissione dei delitti *ex art. 25-*quater** essenzialmente rinviano al contesto normativo e ai presidi apprestati in materia di riciclaggio. Più esattamente, le due ipotesi sono spesso inserite nella stessa sezione del modello, e trattate congiuntamente; oppure, anche laddove i delitti con finalità di terrorismo siano considerati in via autonoma, i relativi protocolli di prevenzione si innestano su quelli predisposti per i casi di cui all'art. 25-*octies*. Le cautele approntate per scongiurare il pericolo che risorse finanziarie della banca vengano adoperate per le finalità illecite di matrice terroristica, infatti, prevedono usualmente una serie di verifiche a carico del soggetto collettivo che richiamano il settore del contrasto al riciclaggio. Per esemplificare quanto fin qui detto, pur senza entrare nel merito delle distinzioni relative ai singoli processi sensibili e senza pretese di completezza, è possibile richiamare i seguenti presidi, tra quelli raccomandati nelle Linee Guida e dunque ricorrenti nei modelli adottati in ambito bancario: la previsione di istruttorie

⁶⁸ Per approfondimenti sulla disposizione *v. BILLO, Art. 25 octies. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 433 ss.; D'ARCANGELO, *Sub Articolo 25 octies. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 641 ss.; GULLO, *La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio*, cit., 3017 ss.

⁶⁹ Cfr. il Rapporto FATF/GAFI dell'ottobre 2015, *Emerging Terrorist Financing Risks*, consultabile all'indirizzo <http://www.fatfgafi.org>, ove il trasferimento di fondi mediante il canale bancario è richiamato tra i metodi tradizionali di finanziamento del terrorismo.

⁷⁰ *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. n. 231/2001)*, febbraio 2004, consultabili sul sito <http://www.abi.it>.

⁷¹ *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi*, cit., 27 s.

⁷² *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi*, cit., 31 s.

che prevedano l'intervento di soggetti e funzioni diverse all'interno della banca, per accrescere la condivisione delle conoscenze e dei processi decisionali e minimizzare il rischio di manipolazione dei dati; la presenza di programmi di formazione ed aggiornamento per il personale, in relazione ad obblighi e responsabilità che possano derivare dal mancato adempimento delle regole e dei presidi posti a prevenzione dei reati di cui all'art. 25-*quater*, l'osservanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela commisurati al tipo di rischio associato al cliente, e il confronto dei dati raccolti con le cd. *black list* redatte a livello internazionale ed europeo; il rispetto degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette.

6.

Rilievi conclusivi.

È giunto il momento di provare a dare risposta all'interrogativo da cui si sono prese le mosse: l'art. 25-*quater* risponde a una reale esigenza di tutela o finisce piuttosto con il rappresentare una «piccola nuova dose di legislazione simbolica»⁷³?

L'analisi sin qui condotta indirizza, chiaramente, verso la valenza simbolica della norma quale costruita dal legislatore del 2003.

Si è cercato di evidenziare come l'introduzione dell'art. 25-*quater* non obbedisca a effettive esigenze di criminalizzazione emergenti dalla prassi, ma sia piuttosto da ricondurre allo stratificato reticolo di obblighi sovranazionali diretti ad attuare una più efficace strategia di contrasto al terrorismo in una particolare fase di recrudescenza del fenomeno. Ugualmente si è messa in luce la scarsa attitudine del nostro legislatore a «rimeditare» e opportunamente filtrare, in sede di trasposizione a livello interno, i contenuti di detti obblighi, con l'effetto di dare ingresso a previsioni di dubbia coerenza rispetto al sistema di tutela complessivo.

L'opzione legislativa di estendere il meccanismo di corresponsabilizzazione delle persone giuridiche ai delitti di terrorismo è stata presa in esame, in primo luogo, sul versante della tecnica di formulazione della fattispecie. La principale obiezione, come si è visto, si appunta sul rispetto del principio di precisione e sulla previa conoscibilità del precetto, sia in considerazione dell'ampiezza e della genericità del richiamo alla finalità di terrorismo – idoneo a ricomprendere qualsiasi delitto, anche di futura introduzione, aggravato da tale finalità –, sia per il riferimento ai delitti commessi in violazione di quanto previsto dalla Convenzione *financing*, «un atto internazionale che utilizza una tecnica descrittiva tale da non fornire alcuna assicurazione sulla corrispondenza con le fattispecie interne»⁷⁴.

Si è poi sottolineato il peculiare ruolo giocato dai criteri oggettivi d'imputazione dell'interesse o vantaggio dell'ente, di fatto limitativi dell'operatività dell'art. 25-*quater*, poiché sul piano criminologico appare problematico ipotizzare che delitti di matrice terroristica siano commessi da soggetti qualificati per arrecare un beneficio (anche) all'ente di appartenenza. Osservazione, questa, confortata dall'esame dei modelli organizzativi approntati da soggetti operanti nel settore bancario, maggiormente esposti, in ragione delle attività svolte, al rischio-reato in questione.

Sul terreno della redazione dei modelli si è infatti rilevata una sostanziale assimilazione, sotto il profilo del *risk assessment* e della costruzione dei correlativi protocolli di prevenzione, tra condotte di finanziamento del terrorismo e ipotesi di riciclaggio. La circostanza appena richiamata è indicativa delle difficoltà, cui si è accennato, di configurare – al di fuori delle condotte di finanziamento – ipotesi ulteriori di delitti di terrorismo che possano essere commesse nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Si è già ricordato come la Convenzione *financing* non faccia parola dei suddetti criteri; più in generale, può osservarsi che nessuno degli atti sovranazionali da cui è discesa l'introduzione dell'art. 25-*quater* imponesse una criminalizzazione dei soggetti collettivi a così ampio spettro. In particolare, l'art. 2, paragrafo 1 della Convenzione *financing* richiede di considerare reato la *messa a disposizione o raccolta di fondi* con l'intenzione o la consapevolezza di un loro utilizzo per la commissione degli atti terroristici ivi individuati; e anche le definizioni contenute nella Decisione quadro del 2002 – reato terroristico, organizzazione terroristica, reato connesso ad attività terroristiche –, sebbene più articolate, consentono una delimitazione delle condotte da incriminare.

⁷³ CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 208.

⁷⁴ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 47.

A voler dunque delineare una casistica in relazione all'effettivo ambito di applicazione dell'art. 25-*quater*, questa non potrà che essere limitata a poche tipologie criminose. Senza qui considerare l'ipotesi di delitti commessi nell'ambito di enti intrinsecamente illeciti, si potrà appunto fare il caso del finanziamento di associazioni terroristiche ad opera di un istituto bancario *ex art. 270-bis c.p.*⁷⁵; oppure, quello dell'organizzazione di viaggi a terroristi da parte di una agenzia ai sensi della nuova previsione dell'art. 270-*quater*.1 c.p.; in entrambe le situazioni, dovrà ipotizzarsi un profitto anche proprio per l'ente.

Questi gli spazi di autonomia concettuale, prima ancora che applicativa, che ci pare possibile riservare ai delitti di terrorismo nell'economia del "sistema 231": meglio allora avrebbe fatto il nostro legislatore a tipizzare nell'art. 25-*quater*, tra i reati-presupposto, le sole fattispecie espressive di un effettivo disvalore rispetto all'agire del soggetto collettivo. Se infatti forme di corresponsabilizzazione dell'ente appaiono irrinunciabili, l'enorme sfida posta dal fenomeno terroristico all'ordinamento penale impone un'azione di contrasto che si avvalga di misure realmente *efficaci*: diversamente, il rischio è quello di introdurre strumenti normativi di grande impatto sul piano emotivo, i quali tuttavia – come appunto l'art. 25-*quater* – finiscono per destare interesse principalmente in ragione della loro ineffettività.

Sebbene da tempo ormai si proceda nell'opposta direzione, almeno in prospettiva *de iure condendo* sarebbe opportuno che il legislatore correggesse la rotta e avviasse un processo di razionalizzazione del micro-sistema di responsabilità degli enti, riconducendo le scelte d'incriminazione all'alveo della criminalità del profitto. Una più attenta selezione e tipizzazione delle condotte punibili che possano in concreto determinare un coinvolgimento della persona giuridica non può prescindere dalla valutazione delle peculiarità dell'originario destinatario della "disciplina 231", ovvero, un ente operante nell'economia *lecita*. Altrimenti, in considerazione del progressivo, incontrollato ampliamento a carico della persona giuridica di ipotesi di responsabilità sovente estranee alle politiche d'impresa, si affievolisce anche lo stretto legame, coesistente alla funzionalità dell'intero sistema di responsabilità dell'ente, tra reati-presupposto e possibilità di delineare attraverso il modello un adeguato apparato preventivo volto a prevenirne la realizzazione. Non a caso soluzioni normative praticate in altri ordinamenti (uno per tutti, quello francese)⁷⁶ le quali estendono la responsabilità dell'ente a tutti i reati contenuti nel codice penale finiscono per non prevedere – come logica conseguenza – la sussistenza del modello.

L'opzione del nostro legislatore, indirizzata invece nel senso di attribuire assoluta centralità al meccanismo punitivo-premiale che ruota intorno all'adozione ed attuazione dei modelli organizzativi, non pare aver dato, nell'esperienza giurisprudenziale di questi anni, gran prova di sé. Se è vero che la «finalità "rieducativa" e "preventiva" [...] alla base del nostro sistema sanzionatorio postula la possibilità di fare concreto affidamento sul fatto che la piena adesione alle regole si tradurrà in un "premio" per l'impresa sana»⁷⁷ non potrà negarsi che il "sistema 231" abbia, sino a oggi, mostrato essenzialmente il 'volto severo' della risposta punitiva, senza riuscire a dispiegare compiutamente le proprie potenzialità sul versante premiale. L'incertezza su quali siano i caratteri minimi del modello idoneo che consenta all'ente virtuoso di andare esente da responsabilità rischia di trasformare (*ha trasformato?*) l'avanzato modello di 'collaborazione nella prevenzione', inizialmente delineato dal decreto, in un serio costo per le imprese, non controbilanciato da altrettanto significativi benefici.

La "normativa 231" attraversa oggi una fase delicata di esistenza, probabilmente di transizione verso modifiche di disciplina significative, da più parti evocate e attualmente allo studio. In questo contesto, ci pare opportuno non 'destrutturare' il sistema, ma ragionare su come meglio calibrarlo e far funzionare i meccanismi già esistenti. Nel tentare un recupero della coerenza perduta⁷⁸ e intraprendere, per quanto detto, un percorso di riavvicinamento alla fisionomia del progetto originario, non è possibile prescindere dalla stretta osservanza del nucleo dei principi penalistici che governano la materia. Una norma inapplicata come l'art. 25-*quater* potrebbe, forse, rappresentare un monito per il legislatore a prestare maggiore attenzione alle

⁷⁵ LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo*, cit., 1205. Richiama il medesimo esempio DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 270.

⁷⁶ Sulle peculiarità dell'ordinamento francese DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 189 ss.; DE MAGLIE, *Etica e il mercato*, cit., 187 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 90 ss.; TRICOT, *Corporate Criminal Liability in France*, in *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. I, *Liability "ex-crimine" of legal entities in Member States*, a cura di A. Fiorella, Napoli, 2012, 132 ss.

⁷⁷ Così SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità "penale" degli enti*, cit., 75.

⁷⁸ Il richiamo è a BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita*, cit., 1 ss.

scelte di incriminazione e alla tecnica di redazione della fattispecie, all'insegna di una sintesi più efficace tra esigenze di effettività e ineludibili garanzie per il soggetto collettivo.

Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell'interpretazione conforme

I giudici tra indeterminatezza delle fattispecie e fonti sovranazionali

The Purpose of Terrorism, Interpretive Aspects and the Role of Consistent Interpretation

Judges: Between the Uncertainty of Offences and Supranational Sources of Law

SUSANNA CRISPINO

Dottoranda di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

TERRORISMO, INTERPRETAZIONE CONFORME,
LEGALITÀ, OFFENSIVITÀ

TERRORISM, CONSISTENT INTERPRETATION,
LEGALITY, PRINCIPLE OF HARM

ABSTRACT

In sede di accertamento della finalità di terrorismo, il giudice si trova a dover risolvere una serie di questioni interpretative. L'articolo si propone di esaminare la difficoltà di qualificare una condotta come terroristica, analizzando il contenuto delle disposizioni interne e riportando alcuni casi giurisprudenziali significativi. Per illustrare la complessità normativa entro cui si muove l'interprete, le conclusioni rese di recente dell'Avvocato Generale della Corte di giustizia, nella causa A e a. contro Minister van Buitenlandse Zaken, offrono lo spunto per riflettere sulla vexata quaestio della distinzione tra atti di guerra e atti di terrorismo e sull'interpretazione conforme come strumento di risoluzione delle antinomie.

When assessing the purpose of terrorism, a judge has to solve a series of interpretation issues. This article aims to examine the difficulty of qualifying conduct as terroristic by analysing the content of the domestic provisions and discussing some of the most significant case law. In order to illustrate the complexity of rules within which a judge must act, the opinion recently delivered by Advocate General of the European Court of Justice, in the case A. and a v. Minister van Buitenlandse Zaken provides an opportunity to reflect on the highly disputed question of the distinction between acts of war and acts of terrorism and on consistent interpretation as a tool for resolving antinomies.

SOMMARIO

1. Introduzione: profili interpretativi nell'accertamento della finalità di terrorismo. – 2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-158/14. L'obbligo di interpretazione conforme del giudice europeo. – 3. Struttura e contenuto degli artt.270-*bis* c.p. e 270-*sexies* c.p. – 4. Atti di terrorismo e atti di guerra. La nozione di 'terrorismo in tempo di guerra' al vaglio dei giudici di legittimità. – 5. Atti di terrorismo e atti di danneggiamento: i requisiti oggettivi della finalità di terrorismo. – 6. Conclusioni.

1.

Introduzione: profili interpretativi nell'accertamento della finalità di terrorismo.

Nella nostra legislazione i reati di terrorismo sono identificati in relazione alla 'finalità di terrorismo' che opera talvolta come dolo specifico, *ex art.270-sexies* c.p., talaltra come circostanza aggravante. Stabilire a quali condizioni una condotta possa essere definita terroristica ha implicazioni pratiche notevoli, perché in entrambi i casi è previsto un regime sanzionatorio particolarmente severo. Da un lato, le fattispecie incriminatrici che ergono tale finalità a rango di dolo specifico sono caratterizzate da pene detentive elevate e, dall'altro, l'art.1 della l. 15/1980, che ha convertito con modificazioni il d.l. 625/1979 – recante Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica – prevede l'aumento della pena della metà per i reati commessi con finalità di terrorismo, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato¹. Nell'accertamento della finalità di terrorismo in sede giudiziale s'innestano, tuttavia, profili interpretativi complessi riconducibili, principalmente, alla difficoltà di qualificare una condotta come terroristica e di differenziarne gli ambiti applicativi rispetto ad altre fattispecie di reato. Questi dubbi interpretativi determinano soluzioni giurisprudenziali divergenti le cui cause sono ravvisabili tanto nel *deficit* di determinatezza che caratterizza le fattispecie incriminatrici, quanto nel convergere di fonti di diversa natura e vincolatività nella definizione di terrorismo². Tra le fonti di ausilio ermeneutico, un ruolo di assoluta preminenza e rilievo è stato riconosciuto, sia dai giudici di merito che di legittimità, alla Decisione Quadro 2002/475/GAI, applicabile esclusivamente per gli atti di terrorismo commessi in tempo di pace, e alla Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1999 (c.d. Convenzione *financing*), applicabile anche in tempo di guerra. Ad essere foriera di contrasti interpretativi è, soprattutto, la definizione di terrorismo in tempo di guerra perché l'interprete deve coordinare le disposizioni di questa Convenzione con quelle di diritto internazionale umanitario. Le interferenze tra questi due regimi normativi sono ben riassunte in un'espressione proposta da autorevole dottrina che definisce il terrorismo "una sorta di *super-reato* che incorpora alcune caratteristiche della guerra"³.

Nel quadro tracciato da questa premessa, il lavoro si articola intorno a quattro temi principali. *In primis*, ci si soffermerà sulle conclusioni rese dall'Avvocato Generale della Corte di giustizia di recente, nel caso A e a. contro Minister van Buitenlandse Zaken, che rappresentano un utile punto di partenza per illustrare il panorama normativo complesso entro cui si muove l'interprete per attingere la fonte applicabile al caso concreto. In seguito ci si cimenterà con la nozione di finalità di terrorismo nell'ordinamento italiano, che è stata dapprima costruita in via giurisprudenziale per il tramite dell'art.270-*bis* c.p. e poi definita dal legislatore introducendo l'art.270-*sexies* c.p., ponendo l'accento sull'eterointegrazione strutturale di queste disposizioni con il diritto europeo ed internazionale a causa del tasso di vaghezza con cui sono state formulate. Successivamente, si analizzeranno taluni dati giurisprudenziali da cui si evince come la perdita di sufficiente determinatezza generi incertezza applicativa, individuando due principali terreni di 'scontro' tra i giudici: l'uno riguardante la difficoltà di distinguere le attività

¹ Cfr., F. VIGANÒ, *La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale*, in F. Salerno (a cura di) *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 193 e ss.

² Su una visione d'insieme delle fonti in materia, si rinvia all'approfondito lavoro di A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 1158 e ss.

³ "The better way to think of terrorism, I would suggest, is not as a crime but as a different dimension of crime, a higher, more dangerous version of crime, a kind of *super-crime* incorporating some of the characteristics of warfare." G.P. FLETCHER, *The indefinable concept of terrorism*, in *Journal of International criminal justice*, 2006, p. 900.

di guerra dalle attività propriamente terroristiche sotto il profilo dell'identità della vittima, e l'altro concernente la distinzione tra atti di terrorismo e atti di danneggiamento sotto il profilo dell'idoneità della condotta a cagionare un 'grave danno' al Paese o ad un'organizzazione internazionale. Infine, si trarranno alcune conclusioni in ordine ai mutamenti che il diritto penale sta subendo per effetto dell'uropeizzazione ed internazionalizzazione del diritto in una dinamica nuova che pone in dubbio gerarchie consolidate tanto tra fonti normative quanto dei rapporti fra autorità giudicanti⁴. L'incidenza crescente delle fonti sovranazionali sul sistema penale interno ha infatti esposto a tensioni il significato del principio di legalità penale sia sul versante della qualità democratica delle leggi penali formali che su quello della certezza del diritto⁵.

2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-158/14. L'obbligo di interpretazione conforme del giudice europeo

In un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sollevato il 6 giugno 2014, il Consiglio di Stato olandese chiede se gli atti commessi durante un conflitto armato possano essere qualificati come reati terroristici ai sensi della Decisione Quadro 2002/475/GAI, e, di conseguenza, ai sensi della Posizione Comune 2001/931/PESC e del Regolamento 2580/2001. Gli imputati sono accusati di aver raccolto e trasferito fondi all'associazione Tigri Tamil (LTTE), un gruppo che ha combattuto una guerra civile contro il governo dello Sri Lanka per creare un Stato indipendente nel nord e nell'est dello Sri Lanka. A causa di alcuni attentati e rapimenti commessi tra il 2005 e il 2009 – che sono stati considerati atti di terrorismo dall'Unione europea – l'associazione figura nell'elenco del regolamento 2580/2001. Le autorità olandesi, di conseguenza, hanno disposto il congelamento dei loro beni. Gli imputati si difendono sostenendo che il loro inserimento nelle liste è frutto di un errore in quanto le azioni commesse dal gruppo LTTE non erano atti terroristici bensì atti di una forza armata non statale impegnata in un conflitto armato non internazionale e come tali disciplinati esclusivamente dal diritto umanitario internazionale. In attesa della sentenza, si riportano le conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentate il 29 settembre 2016, per la puntuale ricostruzione delle fonti in materia e per l'*iter* argomentativo volto a colmare la lacuna normativa attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme⁶.

In via preliminare, l'Avvocato Generale, chiarisce presupposti e finalità della Decisione Quadro 475/2002. L'undicesimo *considerando* della Decisione Quadro 475/2002/GAI limita l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di terrorismo agli atti commessi in tempo di pace; gli atti commessi in contesti bellici restano regolati dal diritto internazionale e dal diritto internazionale umanitario, a seconda che siano rivolti, rispettivamente, contro obiettivi civili o contro obiettivi militari. La Decisione Quadro 2002/475/GAI ha la funzione di armonizzare le legislazioni penali nazionali e mira a ravvicinare la definizione di «reati terroristici» negli Stati membri. Il suo campo di applicazione ed i suoi obiettivi sono quindi diversi da quelli della Posizione Comune 2001/931 e del Regolamento 2580/2001, che perseguono essenzialmente obiettivi di prevenzione contro il terrorismo. Peraltro, un considerando non ha valore giuridico vincolante e non può quindi in nessun caso influire sull'interpretazione di altri atti dell'UE. Pertanto, *"A reading of Common Position 2001/931 and Regulation No 2580/2001 on their own therefore suggests that a broad interpretation of the concept of 'terrorist acts' is appropriate"* (§ 95).

Chiarito l'aspetto definitorio, che costituisce il *prius* logico del quesito interpretativo rivolto alla Corte di giustizia, l'Avvocato Generale passa ad esaminare le disposizioni di diritto internazionale umanitario e di diritto internazionale.

Viene respinta l'obiezione sollevata dai ricorrenti secondo cui le loro azioni sono considerate legittime dal diritto internazionale umanitario perché commesse nell'ambito di un conflitto armato non internazionale. In primo luogo, si osserva che, l'art.3 delle Convenzioni di Ginevra – che disciplina specificamente i conflitti non internazionali – vieta, in ogni tempo e

⁴ V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2014, p. 110.

⁵ J.S. SANCHEZ, *Sullo stato del principio di legalità penale*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, p.181 e ss.

⁶ Conclusioni Avvocato Generale, 29 settembre 2016, A. e a., causa C-158/14.

in ogni luogo, la violenza contro la vita e l'integrità corporale, in particolare l'omicidio in tutte le sue forme e la cattura di ostaggi, quando commessi contro persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe "fuori combattimento" da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa. Più espliciti sono l'art.4, par.2, del II Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra nel proibire gli atti di terrorismo *in ogni tempo e in ogni luogo se commessi contro coloro che non partecipano o non partecipano più alle ostilità*, e l'art. 13, par.2, dello stesso Protocollo, nel vietare *gli atti o le minacce di violenza il cui scopo principale è quello di diffondere il terrore tra la popolazione civile*. L'art. 43, par.2, del I Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra sancisce che i combattenti delle forze armate di una Parte in conflitto, c.d. *freedom fighters*, hanno il diritto di partecipare direttamente alle ostilità; l'uso della violenza è quindi considerato un fatto lecito nei confronti dei combattenti avversari. D'altra parte, tutti coloro che non partecipano alle ostilità, appartengono alla categoria delle c.d. *persone protette* e non sono legittimi obiettivi per gli attacchi militari. In quest'ultima ipotesi, la condotta del combattente non è più coperta dalla scriminante di cui all'art. 43, ma si configura come atto di terrorismo. A parere dell'Avvocato Generale, dal momento che i ricorrenti non hanno dimostrato né sostenuto che le loro attività non sono state dirette contro civili o contro coloro che non prendono attivamente parte alle ostilità tra le LTTE e il governo dello Sri Lanka, non può escludersi che esse siano di terrorismo ai sensi del diritto internazionale umanitario.

Per quanto riguarda il diritto internazionale, l'Avvocato Generale ritiene che a dover guidare la Corte di Giustizia in sede di interpretazione del proprio diritto, siano soltanto la Risoluzione 1373/2001 del Consiglio di sicurezza ONU, ed alcune convenzioni.

In primo luogo, anche se l'Unione europea non è membro delle Nazioni Unite, la Corte ha dichiarato che essa è tenuta ad attribuire particolare importanza al fatto che, a norma dell'art. 24 della Carta delle Nazioni Unite, l'adozione da parte del Consiglio di sicurezza di risoluzioni costituisce l'esercizio della responsabilità principale di cui è investito tale organo internazionale per mantenere, su scala mondiale, la pace e la sicurezza; responsabilità che include il potere di determinare ciò che costituisce una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali, nonché di assumere le misure necessarie per il mantenimento o il ristabilimento di queste ultime⁷. La Corte deve quindi, per quanto possibile, interpretare la posizione comune 2001/931 e del regolamento 2580/2001, in conformità con la Risoluzione 1373/2001. Tuttavia, tale Risoluzione non contiene una definizione di atto terroristico né limita il suo campo di applicazione alla luce del diritto internazionale umanitario. Indicazioni di questo tipo provengono, invece, dalle Convenzioni di diritto internazionale, tra cui la Convenzione internazionale per la repressione di attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivi (c.d. Convenzione *bombing*) 1997 e la Convenzione contro la cattura di ostaggi, ma soprattutto, la c.d. Convenzione *financing* che ricade nello stesso ambito materiale di applicazione della Posizione comune e del Regolamento considerati. Inoltre, l'art. 21 chiarisce che la Convenzione non pregiudica gli obblighi vincolanti per gli individui derivanti dal diritto internazionale umanitario. Tali obblighi comprendono il divieto assoluto di uno degli atti di cui all'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra e agli articoli 4, par.2, e 13, par.2., del Protocollo II (§119).

In conclusione, l'Avvocato Generale, ritiene che giacché il principio di leale cooperazione – da cui discende l'obbligo di interpretazione conforme – implica che nell'interpretazione del diritto dell'Unione, occorra tener conto degli impegni di diritto internazionale assunti dagli Stati membri e poiché tutti gli Stati membri sono parte delle convenzioni di diritto internazionale ed internazionale umanitario, il giudice europeo, per evitare che gli Stati membri vengano meno a questi obblighi, deve interpretare il proprio diritto alla luce di queste fonti.

Sulla base delle suesposte considerazioni, l'Avvocato Generale afferma: *"I therefore conclude, that actions by armed forces during a non-international armed conflict, governed by international humanitarian law, may constitute 'terrorist acts' within the meaning of Common Position 2001/931 and Regulation No 2580/2001, interpreted in the light of relevant rules of international humanitarian law and international law on combating terrorism and hostage-takings."*⁸ (§ 121)

L'obbligo di interpretazione conforme del diritto europeo al diritto internazionale era già stato affermato in via giurisprudenziale limitatamente agli accordi formalmente vincolanti

⁷ C. giust. UE, Grande Sezione, 3 settembre 2008, Kadi, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, par. 294.

⁸ Nelle more della pubblicazione, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia che ha confermato l'impostazione dell'Avvocato Generale. C. giust. UE, 14 marzo 2017, A e a. contro Minister van Buitenlandse Zaken, C-158/14.

per l'Unione⁹. Con le Conclusioni in esame, viene confermato un ulteriore orientamento che riconosce una portata più ampia all'interpretazione conforme, affermandone l'obbligatorietà anche in caso di accordi non vincolanti per l'Unione ma di cui siano parte tutti gli Stati membri per consentire loro di rispettare gli impegni assunti in diritto internazionale¹⁰.

La questione sottoposta al parere dell'Avvocato Generale è stata ampiamente dibattuta nel nostro ordinamento e dimostra l'attualità del problema, su cui si è prodotta un'eterogeneità di soluzioni giurisprudenziali. Per comprendere appieno i contrasti giurisprudenziali che sorgono in sede di accertamento giudiziale della finalità di terrorismo, occorre delinearne, preliminarmente, evoluzione e complessità normativa.

3.

Struttura e contenuto degli artt.270-bis c.p. e 270-sexies c.p.

Fino all'introduzione dell'art.270-sexies c.p., avvenuta con la l.155/2005, nel nostro ordinamento è mancata una definizione normativa di finalità di terrorismo. Questa è stata, pertanto, elaborata in via giurisprudenziale prendendo le mosse dall'art.270-bis c.p., norma che presenta profili di indeterminazione e che per questo è stata integrata con le fonti sovranazionali attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme¹¹. Rubricato 'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico', l'art.270-bis c.p., sanziona la promozione, costituzione, organizzazione, direzione e il finanziamento di associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo, anche rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un'organizzazione internazionale. Tuttavia, non è precisato cosa debba intendersi per finalità di terrorismo. Per questo motivo, i giudici ne hanno ricostruito in via interpretativa i margini contenutistici alla luce del diritto internazionale ed europeo, soprattutto per segnare il confine tra guerriglia e terrorismo, su cui *infra* §4.

Su questa interpretazione conforme in chiave integratrice di elementi normativi di fattispecie si possono fare due considerazioni. Proprio perché idonea ad assicurare alla fattispecie un più elevato coefficiente di determinatezza, essa si presenta come la modalità meno problematica di interpretazione conforme¹². Nell'ipotesi oggetto di disamina, infatti, il giudice si limita a ricostruire il significato da conferire ad una nozione non definita dal legislatore e non a dilatare l'ambito applicativo di una fattispecie i cui confini semantici siano già pienamente determinati¹³. D'altra parte, in materia di terrorismo – proprio per la pluralità di fonti di riferimento – l'eterointegrazione delle norme interne è strutturale e non meramente accidentale e questo ne sottolinea la peculiarità rispetto a qualsiasi altro settore.

Il contributo ermeneutico sulla nozione di finalità di terrorismo conserva tutto il suo valore esemplificativo anche dopo l'intervento del legislatore che ha introdotto l'art.270-sexies c.p.¹⁴. Infatti, malgrado l'introduzione di tale norma definitoria abbia rappresentato una ce-

⁹ C. giust. UE, 15 marzo 2012, SCF Consorzio Fonografici, C-135/10, par.51 e giurisprudenza citata. Si vedano inoltre le Conclusioni dell'Avvocato Generale, 18 luglio 2013, Diakité, C-285/12, par.23 e 24.

¹⁰ C. giust. UE, 24 novembre 1992, Poulsen e Diva Navigation, C-286/90 e C. giust. UE, 3 giugno 2008, The International Association of Independent Tanker Owners e altri, C-308/06.

¹¹ Per un primo commento all'art.270-bis c.p., così come modificato dalla l. 438/2001, si veda C. CUPELLI, *Il nuovo art.270-bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?* in *Cass. pen.*, 2, 2002, p. 901, che già presagiva la necessità di coordinare la normativa interna con i testi sovranazionali per ancorare l'interpretazione della natura terroristica dei reati a un dato testuale predefinito.

¹² Sul tema dell'interpretazione conforme in materia penale ci si limita qui a segnalare i contributi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015 e Id, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 230 e ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 45 e ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 617 e ss.; R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'unione europea: un approccio non più differibile*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2012; T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *questa Rivista*, 3-4, 2012, p. 26 e ss.

Sull'aspetto specifico dell'interpretazione conforme in chiave integratrice di elementi normativi di fattispecie, si veda V. MANES, *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 3, 2006, p. 1160 e ss.

¹³ Come accaduto invece nella sentenza Pupino (C. giust. UE, 16 giugno 2005, C-105/03) e come si prospettava nella sentenza Caruso (Cass. pen., S.U., 25 giugno – 6 ottobre 2009, n. 38691) in cui si è verificata, al contrario, una vera e propria interpolazione su una disposizione interna che non presentava alcun deficit di determinatezza. Per i relativi commenti si vedano i contributi raccolti in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007; V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 90 e ss. e A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2011, p. 791 e ss.

¹⁴ Per un commento si rinvia ad A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2005, p. 1222 e ss.

sura¹⁵, gli spazi interpretativi lasciati al giudice restano tuttora ampi a causa della tecnica d'incriminazione scelta dal legislatore. La norma si compone di due parti, una principale ed una residuale¹⁶. Nella prima vengono fissati i requisiti oggettivi e soggettivi che la condotta deve presentare ai fini della sussistenza della finalità terroristica, e nella seconda è contenuta una 'clausola di rinvio', con cui si estende la nozione a tutte quelle condotte comunque considerate terroristiche dal diritto internazionale. Per quanto concerne la prima parte, dal punto di vista oggettivo, la norma si limita a stabilire che sono considerate terroristiche *le condotte che per loro natura o contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale*, a fronte, invece, dell'art.1 della Decisione Quadro che prevede un elenco delle condotte considerate terroristiche, quali attentato alla vita o all'integrità fisica delle persone, cattura di ostaggi, estorsioni, attacchi di varia natura e minaccia di realizzare uno di questi comportamenti. Dal punto di vista soggettivo si richiede il triplice dolo specifico alternativo dell'*intimidazione della popolazione, della costrizione dei poteri pubblici o di un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, e della destabilizzazione o distruzione delle strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale*.

Il legislatore, com'è evidente, piuttosto che enumerare specificamente i reati suscettibili di essere qualificati come terroristici in presenza del dolo specifico – come previsto dalla Decisione Quadro – ha optato per una tipizzazione sintetica e non analitica. Questa scelta verso un'attuazione 'debole' del diritto eurounitario, produce conseguenze di non poco momento sui principi di determinatezza ed offensività. Nell'ottica del legislatore, un'eccessiva tipizzazione dell'art.270-*sexies* c.p. avrebbe comportato il rischio di non poter applicare la disposizione ad altre condotte meritevoli di essere considerate terroristiche¹⁷. Tuttavia, questa scelta si è tradotta in una tendenza dei giudici di merito ad estendere l'ambito applicativo dell'art.270-*sexies* c.p. oltre i suoi confini e ad applicarlo a condotte che poco o nulla hanno a che vedere con il fenomeno del terrorismo¹⁸. Per tale ragione, la Corte di Cassazione ha inaugurato negli ultimi anni – a partire dalla sentenza sulla nota vicenda dell'attacco al Cantiere Tav di Chiomonte in Val di Susa – un filone giurisprudenziale volto a valorizzare la portata oggettivistica della finalità di terrorismo, sinteticamente compendiata nel requisito del *grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale*. A questo requisito, in ossequio al principio di offensività, si riconosce una funzione selettiva atta ad espungere dall'area della possibile qualificazione in termini di terrorismo, condotte di bassa offensività, come, ad es., sistematici danneggiamenti alle cose¹⁹. Corollario di ciò è lo spostamento dell'attuazione dell'offensività sull'interprete, che – collocandosi idealmente al momento dell'azione – deve valutare alla luce di tutte le circostanze esistenti nel caso concreto, secondo un giudizio prognostico, l'idoneità dell'azione al verificarsi dell'evento, che deve essere caratterizzato dal requisito della gravità²⁰.

Infine, tenendo conto della *querelle* giudiziaria intorno alla distinzione tra atti di guerra e atti di terrorismo, il legislatore avrebbe potuto chiarire se sono terroristici anche gli atti contro obiettivi militari o se questi restano regolati dal diritto internazionale umanitario²¹. Né vale a dirimere la questione il rinvio previsto nella seconda parte della disposizione. La norma resta, infatti, aperta ad ulteriori eterointegrazioni mutuabili da "*convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*", come sancito dalla clausola finale. Certamente deve trarsene il corollario che la normativa interna va integrata con la Convenzione di New York e che quindi la finalità di terrorismo è altresì configurabile quando le condotte siano compiute nel contesto di conflitti armati e siano rivolte, oltre che contro civili, contro persone non attivamente impegnate nelle ostilità, mentre non è chiaro se tra le Convenzioni rientrino anche quelle di Ginevra. Come affermato dai giudici di legittimità²², "*questo rinvio – dinamico o formale – fa sì che quella dell'art. 270-*sexies* c.p. costituisca una definizione aperta, destinata, cioè,*

¹⁵ Così Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009.

¹⁶ M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in A. Balsamo (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 81.

¹⁷ A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., 10, 2005, p. 1226.

¹⁸ Cfr., A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 *sexies* c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation front)*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2013, p. 4.

¹⁹ F. VIGANÒ, *La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale*, cit., Padova, p. 205.

²⁰ L.D. CERQUA, *La nozione di terrorismo tra diritto interno, diritto internazionale e diritto comunitario*, in F. Sgubbi e V. Manes (a cura di) *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, p.120.

²¹ Opportunamente rilevato da F. VIGANÒ, *La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale*, cit., 2010, p. 200.

²² Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072, imp. Bouhaya Maher e a.

ad estendersi o a restringersi per effetto non solo delle convenzioni internazionali già ratificate, ma anche di quelle future alle quali sarà prestata adesione.” (§ 2.2). Altrettanto ammissibile è che il giudice possa rinviare alle condotte specificamente elencate nella Decisione Quadro, dato il tasso di vaghezza che caratterizza la prima parte della norma; come ha espressamente fatto un Giudice fiorentino in un caso che verrà esaminato *infra* § 5²³.

4.

Atti di terrorismo e atti di guerra. La nozione di ‘terrorismo in tempo di guerra’ al vaglio dei giudici di legittimità.

Se da un lato è indiscutibile che una definizione di terrorismo in tempo di pace esista – essendo stata accolta dal nostro legislatore con l’art.270-*sexies* c.p. che attua la Decisione Quadro 2002/475/GAI – dall’altro permangono dubbi circa la definizione di terrorismo in tempo di guerra, in quanto, accanto alla Convenzione *financing*, occorre prendere in considerazione anche il diritto internazionale umanitario (c.d. *ius in bello*)²⁴. *Rectius*, più che sulla definizione di terrorismo in tempo di guerra, vi è disaccordo sulle eccezioni a tale definizione²⁵.

Infatti, come messo in luce dal parere espresso dall’Avvocato Generale, il delicato nodo che l’interprete deve sciogliere è quello di stabilire a che tipo di attività sono destinati i combattenti reclutati: se per commettere atti legittimi di guerriglia contro obiettivi militari, o se per commettere atti di terrorismo contro obiettivi civili. È l’identità della vittima che funge da *discrimen* tra atti di terrorismo e atti legittimi. Con riferimento a tale ultimo profilo, la stessa dottrina risulta divisa tra coloro che ritengono siano atti di terrorismo anche quelli commessi nei confronti del combattente²⁶, e coloro che al contrario ne individuano la vittima esclusivamente nei civili²⁷.

Sul piano della prassi applicativa, la posizione giurisprudenziale prevalente – in linea anche con quella espressa dall’Avvocato Generale – tende ad ammettere la configurabilità di atti di terrorismo anche in tempo di guerra ma limitatamente agli obiettivi civili, attraverso un’interpretazione conforme alla c.d. Convenzione *financing*. Tuttavia, si sono formate anche soluzioni giurisprudenziali divergenti tra i giudici di merito dovute a percorsi interpretativi contrastanti²⁸. Accanto ad un orientamento restrittivo secondo cui sono atti di terrorismo solo quelli commessi in tempo di pace, s’inserisce una posizione estensiva che ha dilatato la nozione di terrorismo in tempo di guerra persino agli atti commessi contestualmente contro obiettivi civili e militari in presenza di determinate circostanze, secondo i principi di diritto affermati dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza n.1072/2006²⁹. Quest’ultima è stata emanata all’esito di una vicenda giudiziaria emblematica dei contrasti interpretativi che sorgono allorché si tratti di accertare la finalità di terrorismo di atti commessi nell’ambito di

²³ Sui meccanismi di rinvio tra diritto nazionale ed eurounitario vale la pena menzionare una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, Decisione del secondo senato del 21 settembre 2016, 2 BvL 1/15, che si è pronunciato sulle tecniche di rinvio in materia penale, riconoscendo la possibilità, per il legislatore, di farne utilizzo, senza che alcuna differenza possa trarsi dalla natura interna o sovranazionale della fonte alla quale tale rinvio si riferisce. Si afferma, infatti: “Il diritto eurounitario e il diritto nazionale degli Stati Membri sono sì due fonti distinte, ma non si tratta di due sistemi isolati, bensì fanno riferimento l’uno all’altro in molteplici modi. L’interdipendenza tra il diritto eurounitario e il diritto nazionale vieta di valutare i rinvii al diritto dell’Unione Europea diversamente dai rinvii al diritto dello stato membro.” (§ 42). La sentenza è stata pubblicata in questa Rivista, con nota di N. RECCHIA, *Dal Bundesverfassungsgericht un altolà al legislatore tedesco sulle tecniche legislative adoperate per corrodere di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell’unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2016.

²⁴ In argomento, A. CASSESE, *The multifaceted criminal notion of terrorism in international law*, cit., 2006, p. 933 e ss.; G.P. FLETCHER, *The indefinable concept of terrorism*, cit., 2006, p. 894 e ss.; H.P. GASSER, *Acts of terror, “Terrorism” and international humanitarian law*, in *International Review of Red Cross*, 2002, p. 555 e ss.; A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità*, *Riv. dir. internaz.*, 2004, 1, p. 5 e ss.; M. SASSÒLI, *International humanitarian law and Terrorism*, in P. Wilkinson-A.M. Stewart (a cura di), *Contemporary research on terrorism*, Aberdeen, 1987, p. 470 e ss.; Id., *Terrorism and War*, in *Journal of International Criminal Justice*, p. 958 e ss.; A. SCHMID, *Terrorism – The definitional problem*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, p. 375 e ss.; A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, cit., 2004, p. 1127 e ss.; H. VAN DER WILT, I. BRABER, *The case for inclusion of terrorism in the jurisdiction of the International Criminal Court*, in T. Marinelli (a cura di), *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*, Londra, 2014, p. 17 e ss.

²⁵ In questo senso, A. CASSESE, *The multifaceted criminal notion*, cit., 2006, p. 935.

²⁶ M. SASSÒLI, *Terrorism and War*, cit., 2006, p. 968 e ss.; L. CONDORELLI, Y. NAQVI, *The war against Terrorism and Jus in Bello: are the Geneva Convention out of Date?*, in A. Bianchi (a cura di), *Enforcing international law norms against international terrorism*, Oxford, 2004, p. 29, ma anche R. BARBERINI, *Terrorismo e forze armate: si è consolidato un equivoco*, in *Cass. pen.*, 10, 2010, p. 3415 e ss. in nota a Cass. pen., sez. fer., 18 agosto 2009, n. 34180.

²⁷ A. CASSESE, *The multifaceted Criminal notion of terrorism*, cit., p. 946.

²⁸ Su cui, ampiamente, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008, p. 141 e ss.

²⁹ Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072, imp. Bouhaya Maher e a.

un conflitto armato³⁰. Nel caso in esame, gli imputati erano accusati del delitto *ex art.270-bis* c.p. per avere reclutato combattenti da inviare in Iraq nel 2003 nel quadro dell'intervento armato occidentale. Il principale problema di ordine giuridico che si poneva era quello della qualificazione in termini di terrorismo dell'attività finale alla quale sarebbero stati destinati i combattenti³¹.

Sia il GIP del Tribunale di Milano³², all'esito del giudizio abbreviato, che la Corte d'assise d'appello di Milano³³, assolvono gli imputati dal reato ascrittogli per difetto della finalità terroristica, ritenendo che i combattenti fossero destinati ad essere impiegati in combattimenti contro le forze della coalizione alleata. Trattandosi di condotte compiute in prossimità dell'attacco militare degli Stati Uniti d'America in Iraq (attacco che si caratterizzava, in una prima fase, come conflitto armato internazionale ed in un secondo come un'occupazione militare), erano da considerarsi legittimi atti di guerriglia contro un'invasione straniera, come tali coperti dal diritto internazionale umanitario. I giudici approdano alla medesima conclusione basandosi, tuttavia, su fonti differenti. Il GIP richiama la Convenzione Globale dell'ONU sul Terrorismo, oggetto di un progetto del 1999 mai approvato, mentre i giudici della Corte d'assise d'appello di Milano, richiamano la Convenzione di New York e la Decisione Quadro 2002/475/GAI, facendo leva, entrambi, sull'esimente dell'inapplicabilità delle relative disposizioni in caso di condotte disciplinate dal diritto internazionale umanitario; esimente contenuta, rispettivamente, nell'art. 18 della Convenzione globale e nell'art. 21 della Convenzione di New York.

Il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Milano propone ricorso per Cassazione fondato sull'*errore interpretativo* in cui i giudici di primo e secondo grado sarebbero incorsi travisando le disposizioni contenute nella Convenzione di New York, nella Decisione Quadro 2002/475, nonché nell'art.270-*bis* c.p. La Corte di cassazione, nel dichiarare il ricorso ammissibile, annulla con rinvio la sentenza della Corte d'assise d'appello, sostenendo che la coesistenza di vittime militari e civili non può rappresentare un elemento atto ad escludere la natura terroristica dell'atto, e tale tesi è stata recepita dalla seconda Corte di assise d'appello di Milano. La Suprema Corte sottolinea, inoltre, come l'art.270-*bis* c.p. non sia disposizione idonea a descrivere adeguatamente i connotati specifici del terrorismo internazionale e per questo è stata sentita, sin dall'indomani della sua emanazione, l'esigenza di individuare una definizione giuridica nella quale si riflettessero i peculiari caratteri transnazionali delle condotte criminose attraverso l'analisi delle plurime fonti internazionali dirette a reprimere attività terroristiche. È dunque corretta l'impostazione dell'indagine svolta dalla Corte di secondo grado relativamente alla necessità di individuare il concetto di terrorismo facendo capo alla normativa dettata dalle fonti internazionali, identificate principalmente nella Convenzione *financing* e nella Decisione quadro 2002/475. A non essere condivisa è, invece, la conclusione cui la sentenza d'appello è approdata. Nell'annullare la sentenza impugnata e rinviare ad un nuovo giudizio, i giudici di legittimità concludono che *“Deve, affermarsi, infatti, che il testo e la “ratio” della normativa internazionale, che concorre a definire la finalità di terrorismo in contesti bellici, offrono univoci argomenti ermeneutici per ritenere che costituisce atto terroristico anche quello contro un obiettivo militare quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico.”* Vengono quindi fissati due requisiti in forza dei quali, in caso di conflitto armato, gli attacchi avverso le forze militari possono configurare una fattispecie di terrorismo, oltretutto certe ed inevitabili gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile e diffusione di paura e panico nella collettività.

In linea con il principio di diritto affermato, la Cassazione conferma quest'orientamento in una vicenda giudiziaria successiva nella quale chiarisce anche il significato da attribuire

³⁰ Tra i commenti alla vicenda giudiziaria, *ex multis*, L.D. CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo internazionale*, in *Cass. pen.*, 4, 2007, p. 1590 e ss.; G. DELLA MORTE, *Sulla giurisprudenza italiana in tema di terrorismo internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2, 2009, p. 443 e ss.; L. ESPOSTI, *Le ultime pronunce in tema di terrorismo internazionale*, in *Giur. merito*, 12, 2007, p. 3273 e ss.; G. SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 10, 2006, p. 3366 e ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art.270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 10, 2007, p. 3953 e ss.

³¹ F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3955, e ID., *La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale*, in F. Salerno (a cura di) *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 196.

³² G.U.P. Tribunale di Milano, ordinanza 24 gennaio 2005, n. 28491/04 Giud. Forleo, imp. D. N. e altro, con nota di S. ANNIBALE, *Guerriglia o terrorismo? Alcune osservazioni di diritto internazionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2005, p. 1275 e ss.

³³ Ass. app. Milano, 28 novembre 2005, est. Caiazza, imp. Bouyahia Maher e a.

all'art.21 della Convenzione di New York, norma che segna la linea di demarcazione con il diritto internazionale umanitario³⁴. Il GIP di Napoli, chiamato a pronunciarsi su vicenda analoga a quella sottoposta alla Corte di giustizia, assume una posizione diametralmente opposta a quella dell'Avvocato Generale³⁵. Il Giudice ritiene che gli atti di violenza riconducibili all'organizzazione LTTE – sebbene astrattamente idonei a diffondere il terrore tra la popolazione civile – non possano considerarsi terroristici ai sensi del diritto internazionale, e quindi del diritto interno che ad esso si conforma, ma costituiscono condotte disciplinate dal diritto internazionale umanitario. Secondo l'accusa, gli imputati, con la loro attività, avrebbero costituito in Italia una cellula incaricata di raccogliere fondi per il finanziamento dell'associazione LTTE operante nello Sri Lanka e avente lo scopo di realizzare “azioni terroristiche da attuarsi contro il governo, forze militari, istituzioni, organizzazioni, cittadini e altri obiettivi civili dello Sri Lanka”, per costringere lo stato cingalese a riconoscere l'indipendenza della regione del paese in cui è storicamente stanziata la minoranza Tamil. Nel rigettare la richiesta di rinvio a giudizio avanzata dal pubblico ministero, il Giudice emette una sentenza di non luogo a procedere per tutti gli imputati, qualificando le loro condotte come atti di guerra e non di terrorismo.

La procura propone ricorso per cassazione ritenendo che la condotta accertata sia corrispondente a quella in relazione alla quale è stata pronunciata, dalla Cassazione, la sentenza n. 1072/2006, ossia di un'organizzazione che, pure nel contesto di una guerra civile interna, pone in essere azioni indistintamente rivolte contro la popolazione civile inerme, oltre che contro esponenti politici governativi. I giudici di legittimità, nel rigettare il ricorso, riconoscono che la decisione del GIP è condivisibile solo in parte: mentre certamente corretta è la ricostruzione del panorama normativo nazionale disciplinante la materia, non condivisibile è la posizione assunta in merito alla nozione di terrorismo in tempo di guerra. Punto di partenza del percorso motivazionale del giudice è l'obbligo – la cui fonte è ravvisata nell'art.10 della Costituzione – di fare uso degli strumenti ermeneutici, che sono messi a disposizione dell'interprete dal diritto internazionale e dal diritto eurounitario, per definire l'esatto contenuto della norma incriminatrice nell'accertamento della finalità di terrorismo. Proprio in forza di siffatta operazione ermeneutica, il Giudice afferma che una definizione di terrorismo in tempo di guerra, in realtà, non si sarebbe consolidata e sarebbe errato enuclearla esclusivamente dalle norme della Convenzione di New York; vi osterebbe la “clausola di esclusione” contenuta nell'art. 21 che obbliga l'interprete a coordinare le norme contenute nella Convenzione con le norme del diritto internazionale umanitario. Questa clausola risolverebbe i *conflitti antinomici* che derivano dalla sovrapposizione dei due regimi normativi perché esclude che le attività svolte dalle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, anche se svolte in situazioni non qualificabili come conflitti armati o comunque non regolate dal diritto internazionale umanitario, possano qualificarsi alla stregua di attività terroristiche. In sede di legittimità, i giudici ritengono non compatibile questa interpretazione con la giurisprudenza affermata a partire dalla sentenza 1072/2006. Ad essere censurata è la valenza che il GUP assegna all'art.21 della Convenzione perché essa rischia di tradursi in una disapplicazione della nozione di ‘terrorismo in tempo di guerra’, derivante dalla Convenzione, tutte le volte nelle quali la condotta implicata potrebbe in ipotesi ricadere anche in una previsione del diritto internazionale umanitario. A parere della Suprema Corte, non vi è convergenza contenutistica tra l'art.21 della Convenzione e l'undicesimo considerando della Decisione Quadro perché, mentre quest'ultimo mira ad escludere esplicitamente l'operatività della nozione di atti terroristici in relazione alle attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, l'art. 21 si limita a richiamare alla osservanza degli obblighi derivanti del diritto internazionale umanitario: quelli destinati, cioè, ad operare sugli aspetti di diretta competenza, seppure connessi a condotte con finalità terroristiche anche penalmente rilevanti per il diritto domestico.

³⁴ Cass. pen., sez. V, 21 gennaio 2013, n. 2843 con nota di A. UBALDI, *Crimini di guerra e terrorismo internazionale: individuata la linea di confine*, in *Diritto e Giustizia*, 2014, p. 37.

³⁵ Tribunale di Napoli, Ufficio G.i.p., 23 giugno 2011, Giud. Guardiano, con nota di A. VALSECCHI, *Sulla definizione di terrorismo in 'tempo di guerra*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 16 febbraio 2012.

5.

Atti di terrorismo e atti di danneggiamento: i requisiti oggettivi della finalità di terrorismo.

Quello della distinzione tra terrorismo e guerra non è il solo problema di qualificazione giuridica che l'interprete è chiamato a risolvere. In diversi casi i giudici hanno dovuto accertare la finalità di terrorismo in relazione ad azioni commesse da tifosi di calcio³⁶, associazioni anarchiche, movimenti di protesta e finanche da movimenti animalisti.

Un esempio emblematico è dato dall'ordinanza con cui il GIP di Firenze ha ritenuto applicabile l'aggravante della finalità terroristica per un fatto di incendio doloso di otto furgoni di un caseificio (poi propagatosi ai locali dell'azienda confinante), commesso, la notte di capodanno, da un animalista estremista aderente all'organizzazione internazionale *'Animal Liberation Front'*, nel quadro di una lotta contro lo sfruttamento a fini commerciali degli animali³⁷. Sotto il profilo del requisito oggettivo, il GIP, sulla base di un giudizio prognostico, afferma che *non è necessario che il danno grave si sia effettivamente verificato in conseguenza della condotta ma è sufficiente che la condotta fosse idonea a provocarlo*. Ulteriore argomentazione a sostegno della sua decisione è che la condotta dell'indagato rientra tra quelle oggetto della decisione quadro 2002/475/GAI, il cui contenuto va utilizzato ai fini interpretativi della fattispecie nazionale o direttamente in virtù del richiamo operato dal secondo comma dell'art. 270-*sexies* del c.p. Dunque, il giudice ha ritenuto di poter eludere il filtro dell'offensività sulla base di un'interpretazione conforme alla Decisione Quadro; interpretazione conforme legittimata dalla struttura stessa della norma interna e che si è tradotta in una sussunzione impropria della fattispecie concreta in quella astratta.

A porre l'accento sull'imprescindibilità del requisito oggettivo della finalità di terrorismo, interviene la Corte di Cassazione con la sentenza n. 28009/2014³⁸. Pronunciandosi su un tema di grande impatto mediatico, ossia sulla possibilità o meno di qualificare come terroristica la condotta criminosa di quattro attivisti del movimento No Tav, i giudici di legittimità dedicano un'ampia parte agli elementi costitutivi dell'art. 270-*sexies* c.p.; norma che, pur essendo dedicata alla descrizione di una finalità, *comprende elementi di carattere obiettivo per valutare l'offensività delle condotte, e garantire che l'ordinamento resti distante dai modelli del diritto penale dell'intenzione e del tipo d'autore*.

Gli attivisti del movimento No Tav erano accusati di una pluralità di reati, tra i quali i delitti previsti dagli artt. 280 (Attentato per finalità terroristiche o di eversione) e 280-*bis* c.p. (Atto di terrorismo con ordigni micidiali e esplosivi), per l'attacco recato, nella notte del 14 maggio 2013, al Cantiere Tav di Chiomonte attraverso il lancio di fuochi pirotecnici, bombe carta e bottiglie con liquido infiammabile, provocando, tra l'altro, l'incendio di un compressore collocato nel piazzale antistante il tunnel in cui stavano lavorando oltre dieci operai. Per i fatti descritti, il Tribunale di Torino, in funzione di giudice del riesame, aveva confermato il provvedimento restrittivo emesso dal Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale. Il detto provvedimento viene impugnato dalla difesa che sostiene, *inter alia*, che il finalismo della condotta verso un effetto di costrizione dell'autorità pubblica a sospendere la realizzazione dell'opera dovrebbe essere apprezzato non solo in una dimensione psicologica, ma anche sul piano della potenzialità obiettiva di realizzazione dell'evento, in applicazione del principio di necessaria offensività.

All'esito di un complesso *iter* argomentativo intorno alla definizione racchiusa nell'art. 270-*sexies* c.p., la Suprema Corte perviene all'accoglimento parziale delle censure difensive, affermando che *il finalismo terroristico non sia un fenomeno esclusivamente psicologico, ma si debba materializzare in un'azione seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti nella norma*.

³⁶ Su cui la Cassazione interviene in chiave garantista, Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2008, n. 25949 affermando la necessità di non confondere il delitto di devastazione con la finalità di terrorismo. Viene osservato che la "guerriglia urbana" non è di per sé sintomatica di una finalità di terrorismo in quanto, anche se di notevole intensità, non produce l'intimidazione generalizzata di tutta la popolazione (ma solo quella di quel quartiere), né mira a destabilizzare o distruggere le strutture fondamentali politiche, costituzionali.

³⁷ Tribunale di Firenze (Uff. GIP), ord. 9 gennaio 2013, Giud. Pezzuti, con nota di A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 sexies c.p.*, cit., 21 febbraio 2013.

³⁸ Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, con nota di M. BENDONI, *Assalto al cantiere T.a.v. di Chiomonte: non fu terrorismo*, in Cass. pen., 6, 2015, p. 2266B e ss.; A. VALSECCHI, *Attacco «no tav» e attentato per finalità terroristiche: la cassazione fissa le coordinate fondamentali per l'interprete*, in *Quest. giust.*, 3, 2014, p. 229 e ss.; A. ZACCHIA, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. VI, n. 28009, 15 maggio 2014*, in Cass. pen., 3, 2015, pag. 1115 e ss.; S. ZIRULIA, *No Tav: La cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014.

Il problema interpretativo – attinente alla delimitazione del fatto tipico al fine di evitare una dilatazione della nozione di terrorismo tale da includere ogni reato politicamente motivato – viene risolto nel collegamento tra i vari elementi evocati dalla norma, attraverso un'analisi semantica dei concetti di 'grave danno' 'contesto' e 'costrizione'. A livello soggettivo, l'art.270-sexies c.p. opera in una duplice direzione: la prima parte richiede un dolo generico comprendente il pericolo di un grave danno per il Paese, mentre la seconda un dolo specifico tra i tre indicati; nel caso in commento, viene in rilievo quello della costrizione dei poteri pubblici a compiere o astenersi dal compiere un atto.

Il pericolo di produrre un grave danno per il Paese descrive un evento di pericolo concreto, da valutare secondo l'ordinario paradigma della prognosi postuma e tenendo conto del contesto in cui la condotta si inserisce. I giudici di legittimità osservano che già il tenore letterale della norma implica che non basta il fine di produrre un grave danno ma occorre l'obiettivo compimento di condotte idonee a determinarlo. Il momento rappresentativo e volitivo non è dato, però, solo dalla condotta dell'agente ma dall'interazione tra questa e il contesto, che opera quale elemento indefettibile della valutazione in punto di pericolosità. *In particolare, se la possibilità dell'evento dannoso grave dipende da tale interazione, è ovvio che l'agente dovrà rappresentarsi gli elementi delle congerie causale che conferiscono alla sua personale condotta l'efficienza peculiare sanzionata dalla norma, e dovrà volerne l'influsso sulla serie nella quale il suo comportamento confluisce.* Quanto al dolo specifico di costrizione, poiché il fine di influire sulle scelte del potere pubblico costituisce, anche a livello costituzionale, l'essenza della politica e della stessa democrazia, bisogna operare una rigorosa *actio finium regundorum* per selezionare il fine terroristico e distinguerlo da quello *lato sensu* politico. A questo punto la Corte enuclea tre requisiti che l'evento di costrizione deve soddisfare per assumere valenza terroristica, e cioè: il risultato cui mira la costrizione deve attenersi ad un affare particolarmente rilevante che incida significativamente sulle condizioni della vita associata; alla rilevanza decisionale deve corrispondere una potenzialità lesiva di scala estesa³⁹; e la costrizione deve essere esercitata in modo illegittimo, ossia indebitamente.

Dopo aver fissato questi parametri, i giudici della Suprema Corte ritornano sulla prima parte della norma. La finalità perseguita dal soggetto agente – qui, l'evento di costrizione – funge da criterio di individuazione del bene giuridico protetto la cui lesione determina il pericolo che si realizzi l'evento di grave danno per il Paese. In altre parole, potrà parlarsi di finalità terroristica allorché l'interesse politico-istituzionale sotteso alla finalità che costituisce l'oggetto del dolo specifico (rispettivamente, *il sereno svolgimento della vita pubblica, il fisiologico esercizio del potere pubblico, la stabilità e l'esistenza stessa delle istituzioni di una società pluralistica e democratica*) risulti concretamente minacciato dalla condotta dell'agente, e ne possa derivare un macroevento di grave danno per lo Stato⁴⁰.

La conclusione cui pervengono i giudici della Cassazione trova peraltro conferma nelle fonti sovraordinate in materia di terrorismo, che vengono richiamate in chiave garantista attraverso un'interpretazione conforme in *bonam partem*. Sia la Decisione quadro che la Convenzione Onu, grazie alla tecnica definitoria adottata – un'elencazione dettagliata delle condotte terroristiche – evidenziano la centralità del requisito della gravità oggettiva che deve caratterizzare la condotta e risultano maggiormente rispettose dei principi di determinatezza ed offensività.

Le riflessioni della Corte di Cassazione richiamano l'importanza della dimensione ermeneutica dell'offensività, che non può essere qui approfondita. Al rispetto del principio di offensività sono tenuti, chiaramente, tanto il legislatore quanto il giudice. Quanto più il principio di offensività è riconosciuto a livello legale, nelle singole incriminazioni, tanto più può essere attuato a livello giurisprudenziale. Ma se il bene giuridico è collegato a situazioni di interesse collettivo, universale, o a eventi-beni giuridici di grande magnitudo (come accade nella lotta al terrorismo) la gestione dell'offensività si sposta sull'interprete, costretto a concretizzare offese indeterminate – data la grandezza dell'evento – e a ricostruire in via ermeneutica offese di

³⁹ M. BENDONI, *Assalto al cantiere T.a.v. di Chiomonte: non fu terrorismo*, cit., p. 2268B.

⁴⁰ S. ZIRULIA, *No Tav: La cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*, cit., 30 giugno 2014.

pericolo arretrato per rendere praticabili le incriminazioni⁴¹.

Proprio in forza di siffatto orientamento, con una sentenza successiva, la Corte di Cassazione, ha qualificato le condotte di un movimento anarchico – cd. *FAI/FRI*, Fronte Rivoluzionario Internazionale – come danneggiamento aggravato ex art. 635 c.p. assolvendo gli imputati dai reati di cui agli artt. 270-bis e 280-bis c.p. e D.L. n. 625 del 1979. Si afferma, infatti, che “*per ritenere integrata la finalità di terrorismo di cui all’art. 270 sexies c.p., elemento costitutivo del reato di cui all’art. 280 bis c.p., non è sufficiente che l’agente abbia intenzione di arrecare un grave danno al Paese, ma è necessario che la sua condotta crei la possibilità concreta – per la natura ed il contesto obiettivo dell’azione, nonché degli strumenti di aggressione in concreto utilizzati – che esso si verifichi, nei termini di un reale impatto intimidatorio sulla popolazione, tale da ripercuotersi sulle condizioni di vita e sulla sicurezza dell’intera collettività.*”⁴²

Dal momento che tutte le fattispecie che contemplano la finalità di terrorismo devono essere lette in combinato disposto con l’art.270-sexies c.p., al giudice si chiede una verifica particolarmente rigorosa per dimostrare l’idoneità di queste condotte ad integrare la finalità di terrorismo, soprattutto quando la fattispecie di base abbia ad oggetto condotte di per sé inoffensive. I requisiti oggettivi della finalità di terrorismo sono, infatti, destinati a venire in rilievo anche e soprattutto con riferimento alle nuove fattispecie introdotte con la l.43/2015 in attuazione della Risoluzione 2178/2014 del Consiglio di Sicurezza dell’ONU; fattispecie, anch’esse, di dubbia compatibilità con il principio di determinatezza e con il principio di offensività stante la natura fortemente anticipatoria della tutela penale rispetto al momento di effettiva offesa al bene giuridico⁴³. Si pensi, a titolo di esempio, all’art.270-*quater*1 c.p. che configura come reato i trasferimenti in territorio estero con finalità di terrorismo. Non è chiaro se la destinazione del viaggio debba essere necessariamente il luogo in cui dovrà consumarsi la condotta terroristica o se possa essere anche il luogo di addestramento per il compimento futuro di una condotta terroristica. Nel dubbio interpretativo, il giudice potrà attingere dalla Risoluzione 2178/2014 ONU – che tiene conto della necessità di colpire il fatto del trasferimento dell’aspirante terrorista nel luogo di addestramento – e optare per una lettura estensiva della fattispecie con ricadute in *malam partem*⁴⁴. Inoltre, nell’art.9 della Direttiva sulla lotta contro il terrorismo⁴⁵ – a sua volta attuativa della Risoluzione ONU e che sostituisce la precedente Decisione Quadro – si specifica che scopo della disposizione è imporre agli Stati membri di qualificare come reato l’atto di recarsi in un altro Paese se può essere dimostrato che lo scopo del viaggio è commettere o contribuire alla commissione di reati di terrorismo; partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo; impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici. Inoltre, sono considerati reati anche gli atti preparatori intrapresi da una persona con l’intento di commettere o di contribuire alla commissione di un reato di terrorismo. In aggiunta alle prescrizioni fissate dal Protocollo addizionale, la disposizione include, come si evince, anche i viaggi allo scopo di partecipare alle attività di un gruppo terroristico, e non di commettere direttamente un reato di terrorismo. Tale previsione suscita la preoccupazione che il giudice, chiamato ad accertare la finalità di terrorismo del delitto ex art.270-*quater*.1 c.p., procederà ad un’interpretazione conforme alla direttiva con ricadute significative sul piano delle garanzie penalistiche.

⁴¹ Sull’offensività come criterio ermeneutico, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, p. 199 e ss. e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 245 e ss.

⁴² Cass. pen., sez. II, 1 aprile 2016, n. 28753.

⁴³ Per i commenti si veda R. KOSTORIS e F. VIGANÒ (a cura di) *Il nuovo ‘pacchetto’ antiterrorismo*, Torino, 2015; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in questa Rivista, 2, 2015, p. 226 e ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2015, p. 926 e ss.

⁴⁴ Cfr., A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in R. Kostoris – F. Viganò (a cura di), *Il nuovo ‘pacchetto’ antiterrorismo*, Torino, 2015, p. 13 e ss.

⁴⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo, 15 marzo 2017, 2017/541.

6. Conclusioni.

Il nesso tra finalità di terrorismo e interpretazione conforme è un'indagine di settore utile ad evidenziare che l'esaltazione della dimensione giudiziale del diritto non è solo conseguenza del proliferare di fonti da cui il giudice può attingere, ma anche di un nuovo modo di legiferare che implica ruoli di supplenza da parte del giudice. In materia di terrorismo, vi è, infatti, una produzione normativa policentrica che ha il suo motore propulsivo nelle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU e da cui derivano obblighi di tutela penale che il legislatore europeo e italiano devono attuare. Come si evince dall'esempio dell'art.270-*quater.1* c.p., nel recepire questi obblighi, spesso, si determina uno *scadimento qualitativo* della legge⁴⁶, anche per l'inafferrabilità intrinseca al concetto di terrorismo, cui corrisponde l'irruzione dei giudici tra gli attori chiamati a dare attuazione agli imperativi di fonte sovranazionale⁴⁷. Oltre ad essere un'attuazione legislativa degli obblighi di tutela penale di fonte internazionale, la legislazione penale in materia di terrorismo si iscrive in una logica emergenziale in quanto tradizionalmente è stata messa in moto sull'onda emozionale di attentati che hanno sconvolto la comunità internazionale e la celerità dell'*iter* ne ha investito inevitabilmente anche i contenuti⁴⁸. La genericità dell'art.270-*bis* c.p., la struttura dell'art.270-*sexies* c.p. e delle norme da ultimo introdotte, sono un chiaro esempio di attenuazione di una delle componenti della legalità; profilo critico che notoriamente investe vaste aree della legislazione penale. Si parla, al riguardo, di una regressione dell'*ars legiferandi* a favore di una progressione dell'*ars interpretandi*, come surrogato capace di consentire un recupero della legalità effettuale⁴⁹. D'altra parte, il carattere strutturalmente aperto delle fattispecie penali viene difeso e auspicato da chi – assumendo la legalità convenzionale come modello – ritiene che scolpire i confini degli enunciati normativi rischia di confezionare tessuti normativi troppo rigidi, incapaci di adattarsi alla complessità e alla mutevolezza dei fatti⁵⁰. Questo mutato ruolo del giudice, che, con l'uropeizzazione e internazionalizzazione dei sistemi giuridici, è sempre più artefice del diritto e non mero esecutore del dato legislativo interno – un giudice che può scegliere la fonte applicabile *à la carte*⁵¹ – viene, non di rado, presentato come una 'patologia' del sistema, come un tratto identitario che non appartiene alla grammatica dei sistemi giuridici continentali⁵². Eppure, è un dato innegabile che il nostro sistema penale viva una fase di profondo ripensamento del concetto di legalità e di commistione con un modello di giudice tipico dei paesi di *common law*⁵³. Un modello di Giudice Mercurio – sempre più distante dal modello Giove e più vicino al modello Ercole – riprendendo la classificazione idealtipica di François Ost, in cui predomina la funzione creativa dell'interprete chiamato a far interagire discipline di fonti eterogenee in un ordinamento reticolare in cui la legge in senso tradizionale ha perduto la sua forza vincolante⁵⁴.

⁴⁶ L'espressione è di G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p.5.

⁴⁷ Su tutti, S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, p.127 e ss.

⁴⁸ M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, cit., Torino, 2006, p. 78.

⁴⁹ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, 3, 2016, p. 6.

⁵⁰ M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, p. 117, richiamando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, §100.

⁵¹ Secondo l'efficace espressione di S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale 'à la carte'?*, in *questa Rivista*, 3, 2013, p. 243.

⁵² Su cui le interessanti riflessioni di Y. CARTUYVELS, *Entre la règle et le cas: réflexions sur les raisons et les impasses d'un modèle géométrique du droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, p.177 e ss. e M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni Fiorentini XLIV*, 2015, p. 131 e ss.

⁵³ Solo per limitarsi ad alcuni dei lavori più rilevanti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., *passim*; ID, *Il ruolo poliedrico del giudice penale tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 5, 2014, p. 1918 e ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim*; ID, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *questa Rivista*, 3, 2016, p. 13 e ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014; ID, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni Fiorentini XXXVI*, 2007, p. 1161 e ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.

⁵⁴ F. OST, *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, in P. Bouretz (a cura di), *La force du droit*, Parigi, 1991 e F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

Limiti all'estradizione per reati di terrorismo davanti agli obblighi di tutela dei diritti umani

Limits to Extradition for Terrorism Offences in the Presence of Obligations to Protect Human Rights

BEATRICE GORNATI

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
presso l'Università degli Studi di Milano*

ESTRADIZIONE, DIRITTI UMANI, TORTURA,
MANDATO D'ARRESTO EUROPEO, CEDU, TERRORISMO

EXTRADITION, HUMAN RIGHTS, TORTURE,
EUROPEAN ARREST WARRANT, ECHR, TERRORISM

ABSTRACT

Il procedimento di estradizione, regolato tanto da apposite Convenzioni quanto dalle suppression conventions in materia di terrorismo, si rende talvolta inapplicabile in quanto incompatibile con gli obblighi di tutela dei diritti umani. Nel presente contributo ci si soffermerà sul divieto di estradizione nei casi in cui l'estradando rischi di subire, nel Paese richiedente, trattamenti inumani o degradanti, in violazione dell'articolo 3 CEDU.

The extradition procedure is governed by ad hoc Conventions on extradition and by suppression conventions on terrorism offences. However, the procedure may become inapplicable if it is incompatible with the obligations to protect human rights. This article will consider such cases with a special focus on violations of Article 3 ECHR, on the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment.

SOMMARIO

1. I diritti fondamentali dell'estraddando nella normativa internazionale in materia di estradizione. 2. Il mandato d'arresto europeo tra procedura semplificata di consegna e garanzie individuali. – 3. Diritti fondamentali e Convenzioni internazionali per il contrasto al terrorismo. – 4. La giurisprudenza della Corte EDU nei casi di estradizione ed espulsione in violazione dell'art. 3 CEDU. – 4.1. Il caso *Saadi c. Italia* e seguenti. 4.2 Il caso *Nasr e Ghali c. Italia* – 5. Conclusioni.

1. I diritti fondamentali dell'estraddando nella normativa internazionale in materia di estradizione.

Nel contesto della cooperazione giudiziaria, l'estraddizione è l'istituto di matrice più antica, volto a disciplinare i rapporti fra uno Stato, che ricerca una persona per eseguire nei suoi confronti una sentenza di condanna a pena detentiva o un altro provvedimento restrittivo della libertà personale, e lo Stato (c.d. di rifugio) nel quale la persona si trova.

La materia è disciplinata da una risalente Convenzione del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea d'estraddizione (c.e.estr.) del 1957¹, poi completata da due Protocolli addizionali stipulati a Strasburgo nel 1957 e 1978. Il 10 novembre 2010 è stato aperto alla firma a Strasburgo il terzo Protocollo addizionale (in vigore dal 1° maggio 2012), con la finalità di integrare la Convenzione, semplificando e accelerando la procedura nel caso in cui la persona da estradare abbia prestato il suo consenso.

La summenzionata Convenzione – e i relativi Protocolli – reca al suo interno talune norme ricollegabili alla tutela dei diritti fondamentali dell'estraddando e che sono divenute, man mano, tipiche degli accordi di estradizione². Ci si riferisce, anzitutto, alla facoltà concessa allo Stato richiesto di non concedere l'estraddizione qualora l'estraddando rischi di essere condannato alla pena capitale e non siano state apportate sufficienti rassicurazioni da parte dello Stato richiedente circa il fatto che la pena di morte non verrà comminata (articolo 11 c. e. estr.).

Ispirate alla tutela della persona dell'estraddando appaiono anche le disposizioni sul diritto del medesimo a non subire discriminazioni per ragioni di razza, religione, cittadinanza, per ragioni politiche o dovute al suo sesso (articolo 3, par. 2 c. e. estr.). La cosiddetta “clausola di non discriminazione”, di cui la Convenzione europea è pioniera, è stata successivamente ripresa in una serie di altri accordi internazionali, tra cui si possono ricordare il *Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders* del 1966, nella versione emendata a Londra del 1990³; e la Convenzione interamericana sull'estraddizione, adottata a Caracas nel 1981 che, all'articolo 4, par. 5 prevede la mancata consegna dell'estraddando qualora vi sia il sospetto di persecuzioni o discriminazioni dello stesso nel paese richiedente. Più ampia è poi la “clausola di non discriminazione” contenuta nello *UN Model Treaty on Extradition*, del 1990⁴, il cui articolo 3, lett. b), estende il divieto di estradizione ai casi nei quali lo Stato richiesto abbia seri motivi di ritenere che l'estraddizione sia richiesta per sottoporre a processo o punire una persona, oltre che per la sua razza, religione, nazionalità, opinioni politiche, anche per sue origini etniche, e per il suo sesso o *status*.

La clausola è largamente riconosciuta anche nelle legislazioni interne. In Italia, ad esempio, l'articolo 698 del codice di procedura penale – rubricato «Reati politici. Tutela dei diritti fondamentali della persona» – include l'obbligo di non fare luogo ad estradizione in condizioni che possano configurarsi come discriminatorie nei confronti dell'estraddando in una più generale clausola di diritti fondamentali della persona⁵.

La persona coinvolta in un procedimento di estradizione trova oggi ulteriori garanzie per il rispetto dei propri diritti fondamentali in strumenti internazionali quali la Convenzione europea dei Diritti umani, la Convenzione europea contro la tortura⁶ e la Convenzione delle

¹ Consiglio d'Europa, *Convenzione europea di estradizione*, Parigi, 13 dicembre 1957, Serie dei Trattati europei n. 24.

² Cfr. sul punto M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Torino, 2006.

³ *Scheme Relating to the Rendition of Fugitive Offenders within the Commonwealth* (consultabile in VAN DEN WYNGAERT, *International Criminal Law*, cit. p. 211 ss.).

⁴ UN Model Treaty on Extradition, UN doc. A/RES/45/116, 14 dicembre 1990.

⁵ Cfr. MARCHETTI, *Art. 698 c.p.p.*, in *Commento al Codice di Procedura penale*, Terzo aggiornamento (al 1° aprile 1997), Torino, 1998, p. 583 ss.

⁶ CoE, *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, 26 novembre 1987.

Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti inumani o degradanti⁷, e, sebbene non espressamente, nel Patto sui diritti civili e politici del 1966⁸.

A proposito del Patto, esso non contempla al suo interno i casi di estradizione, ma, come ribadito dal Comitato dei diritti umani, l'extradizione in quanto tale non è comunque esclusa dal suo ambito di applicazione, in quanto diverse disposizioni, ossia gli articoli 6, 7, 9 e 13 risultano obbligatoriamente applicabili in caso di estradizione. Tali norme riguardano il diritto alla vita, il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza, le garanzie in caso di espulsione e le garanzie processuali "generali".

La Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti delle Nazioni Unite contiene una norma esplicita in base alla quale gli Stati contraenti hanno l'obbligo di non estradare, espellere o respingere una persona verso uno Stato nel quale rischi di essere sottoposto a tortura. Nel suo *General Comment No. 1*, dal titolo *Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, il Comitato ha voluto sottolineare che l'obbligo di rifiutare l'extradizione – così come l'espulsione e il respingimento – si estende sia all'ipotesi in cui il rischio serio di tortura esista nello Stato verso il quale la persona dovrebbe essere estradata (espulsa o respinta) sia a quella in cui il rischio esista con riferimento a qualsiasi Stato verso il quale il condannato possa essere respinto, espulso o estradato in un secondo momento⁹.

Il Comitato contro la tortura¹⁰, istituito dalla stessa Convenzione, ha emesso un numero consistente di decisioni perlopiù in materia di compatibilità con l'articolo 3 di espulsioni. Non sono mancati, tuttavia, casi in cui il Comitato si è dovuto pronunciare circa la compatibilità di detta norma di fattispecie concernenti estradizioni. Un esempio di tale prassi è la decisione del 12 maggio 2003, in cui il Comitato non ha ravvisato violazione dell'articolo 3 da parte della Svizzera la quale aveva concesso l'extradizione di una cittadina tedesca alla Spagna, che la accusava di attivismo a favore dell'ETA¹¹. Il Comitato non ha ritenuto fondate le accuse della ricorrente soprattutto alla luce del fatto che la richiesta di estradizione aveva formato oggetto di ricorso di fronte al Tribunale federale svizzero, dal quale era stato specificamente valutato, ed escluso, il rischio che l'extradanda sarebbe stata sottoposta a tortura.

Per quanto attiene alla Convenzione europea dei diritti umani, essa contiene un'unica norma che espressamente si riferisce all'extradizione: si legge, all'articolo 5,1 (f) CEDU, che è ammessa la privazione della libertà personale, conformemente alle procedure e secondo i motivi previsti dalla legge "(...) se si tratta dell'arresto o della detenzione legali di una persona (...) contro la quale è in corso un procedimento (...) d'extradizione". Tale disposizione rende rilevanti altre garanzie previste dallo stesso articolo 5, per i casi in cui una persona venga legittimamente privata della libertà: il diritto ad essere informata prontamente dell'arresto e delle accuse che la riguardano (articolo 5, par. 2); il diritto di ricorrere ad un tribunale affinché decida senza indugio della legalità della detenzione o disponga il rilascio nel caso in cui la detenzione sia illegale (articolo 5, par. 4); il diritto a un indennizzo nel caso in cui la detenzione o l'arresto siano illegali (articolo 5, par. 5).

2.

Il mandato d'arresto europeo: tra procedura semplificata di consegna e garanzie individuali.

Nei rapporti tra Paesi membri dell'Unione europea la procedura estradizionale è stata abolita a favore di una procedura semplificata di consegna, nella quale le garanzie individuali appaiono ridotte.

Il Consiglio europeo di Tampere del 1999, ponendo il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie a «fondamento della cooperazione giudiziaria» (conclusione n. 33), aveva ritenuto di conseguenza che la procedura formale di estradizione dovesse «essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia

⁷ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UNGA res. 39/46, 10 dicembre 1984.

⁸ *International Covenant on Civil and Political Rights*, UN doc. 2200A (XXI), 16 dicembre 1966.

⁹ *Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22: 21/11/97. CAT General comment 1.*

¹⁰ Il Comitato contro la Tortura – secondo quanto stabilito nella Parte II, agli articoli 17 ss. della succitata Convenzione – ha il compito di redigere commenti generali sulla base dei rapporti che gli Stati parti sono tenuti a presentare, di condurre inchieste in determinate circostanze, e, se lo Stato parte accetti la relativa competenza, anche quello di ricevere comunicazioni statali e individuali riguardo a violazioni della Convenzione.

¹¹ Committee Against Torture, 12 maggio 2003, *Communication No. 219/2002: Switzerland, CAT/C/30/D/219/2002 (Jurisprudence)*.

dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone» e che, negli altri casi, si dovessero prendere «in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di equo processo». In tale direzione si orientava infatti il «Programma globale» adottato dal Consiglio GAI il 30 novembre 2000, il quale prevedeva la creazione di un regime di consegna «fondato sul riconoscimento e sull'esecuzione immediata del mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria richiedente» in vista della creazione di «uno spazio giuridico europeo per l'extradizione».

La Commissione europea, d'altra parte, aveva iniziato la redazione di una proposta di decisione quadro sulla materia sin dall'inizio del 2001, per poi imporre un'improvvisa accelerazione ai lavori in seguito all'attentato dell'11 settembre dello stesso anno.

Soffermandoci brevemente sui *considerando* che costituiscono la premessa della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹², si nota come i considerando n. 3 e n. 4 muovono dalla constatazione che tutti o alcuni degli Stati membri aderiscono ad una serie di convenzioni nel settore dell'extradizione – la Convenzione europea di estradizione del 1957 la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 1977 – e che essi hanno inoltre concluso tra loro tre convenzioni concernenti in tutto o in parte l'extradizione e comprese nell'*acquis* dell'Unione – la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e le Convenzioni di Bruxelles e di Dublino. Partendo da tale assunto, si afferma che «l'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie».

Quanto al rafforzamento dei diritti e delle garanzie difensive, che maggiormente rilevano ai fini del presente studio, della persona da consegnare, da un lato si sottolinea che la decisione quadro «rispetta i diritti fondamentali e osserva principi sanciti» dall'allora vigente articolo 6 TUE e contenuti nella Carta di Nizza¹³, precisando altresì che non è d'ostacolo, per gli Stati membri, all'applicazione delle «loro norme costituzionali relative al giusto processo» (considerando n. 12); dall'altro si chiarisce che «nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti» (considerando n. 13).

Nel corso degli ultimi anni, tuttavia, l'esecuzione del m.a.e. ha sollevato diverse problematiche in relazione all'effettiva tutela dei diritti fondamentali del consegnato¹⁴. Ricorrenti sono i limiti imposti all'effettiva esecuzione del mandato a causa dell'inumana condizione carceraria a cui il condannato verrebbe sottoposto nello Stato membro richiedente. Ultima, in ordine cronologico, è la sentenza n. 45757 depositata dalla Corte Suprema di Cassazione il 31 ottobre 2016¹⁵.

Il caso ha al centro un cittadino rumeno destinatario di un mandato di arresto europeo emesso dalla Romania ai fini dell'esecuzione della pena inflitta con sentenza definitiva. La Corte di appello di Catanzaro aveva dato il via libera alla consegna, ma la Cassazione aveva annullato con rinvio. A fronte di ulteriori informazioni assunte dai giudici di appello, era stata confermata la consegna. Di qui il nuovo ricorso in Cassazione. Ad avviso del ricorrente, i giudici di appello hanno agito in violazione dell'articolo 1 della decisione quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri (recepita in Italia con legge n. 69/2005), nonché dell'articolo 18 della legge in esame e dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta trattamenti disumani e degradanti.

La Cassazione ha accolto il ricorso richiamando la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 aprile 2016 (cause C-404/15 e C-659/15) con la quale è stato chiarito che lo Stato membro di esecuzione è tenuto ad accertare concretamente, in relazione alla singola persona richiesta in consegna, se sussiste un rischio di trattamenti disumani e degradanti. Centrale, quindi, l'accertamento del «rischio concreto» sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e aggiornati con riferimento allo stato di detenzione. Ed invero, secondo la Cassazione, nel caso in esame, la Corte di appello di Catanzaro ha dato il via libera alla consegna senza, però, che le fossero trasmesse tutte le informazioni richieste e che le suddette

¹² Decisione quadro (2002/54/GAI) del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GUUE del 18 luglio 2002.

¹³ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE del 18 dicembre 2000.

¹⁴ Per un approfondimento sul tema, cfr. D. SAVV, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2012.

¹⁵ Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2016, (dep. Il 31 ottobre 2016), n. 45757.

informazioni fossero individualizzate. Di conseguenza, proprio a causa dell'insufficienza delle informazioni individualizzanti e dell'inadeguatezza di alcuni dati, con particolare riguardo a quelli relativi allo spazio individuale minimo garantito, poiché non può essere escluso il rischio di trattamenti disumani e degradanti, la Cassazione ha disposto l'annullamento della decisione di consegna, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Catanzaro.

3. Diritti fondamentali e Convenzioni internazionali per il contrasto al terrorismo.

Le *suppression conventions* più recenti prevedono un ampio numero di disposizioni sull'extradizione e presentano molti tratti comuni. L'obiettivo principale di questo corpus di norme non è però di stabilire nei dettagli tutti i requisiti sostanziali e le condizioni procedurali necessarie a regolare il procedimento di estradizione di individui accusati o condannati in relazione ad uno o più crimini previsti dallo strumento convenzionale. Esse delineano piuttosto un'ampia cornice giuridica di riferimento ed una serie di standard minimi, cui gli Stati si devono uniformare al momento della definizione di ulteriori accordi bilaterali o regionali supplementari. In esse è inoltre previsto che in assenza di trattati bilaterali tra Stati parti, nel caso in cui uno di essi subordini l'extradizione all'esistenza di un trattato, la Convenzione può costituire il necessario fondamento giuridico per dare esecuzione ad una richiesta di estradizione in relazione ai crimini da esse previsti. Inoltre, i crimini che rientrano nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione devono essere considerati come crimini per i quali può essere richiesta l'extradizione ai sensi dei trattati di estradizione vigenti tra Stati Parti; i quali, fra l'altro, si devono impegnare ad inserire tali crimini tra quelli estraibili in tutti i trattati di estradizione che in futuro dovessero essere conclusi tra loro¹⁶.

A tal proposito, la Convenzione europea per la repressione del terrorismo, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1977¹⁷, chiarisce all'art. 1 i reati che, ai fini dell'extradizione, non devono essere considerati come reati politici o connessi a reati politici, in particolare reati gravi consistenti in attacchi contro la vita, l'integrità fisica o la libertà di persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici; i reati consistenti nella presa di ostaggi o in sequestri; quelli commessi mediante uso di bombe, granate, armi da fuoco, se vi è pericolo per le persone; infine il tentativo di commettere tali reati o la partecipazione ad essi in veste di coautore o di complice. Per altro gruppo di fattispecie criminose, invece, l'art. 2 si limita a stabilire non già l'obbligo, bensì la mera facoltà, per gli stati contraenti, di non tener conto, ai fini dell'extradizione, dell'eventuale natura politica.

L'articolo 5, ribadendo la summenzionata "clausola di non discriminazione", stabilisce che lo Stato richiesto può rifiutarsi di estradare il soggetto qualora vi sia fondato motivo di ritenere che la relativa domanda sia stata presentata al fine di perseguire o punire il soggetto per la sua razza, religione, nazionalità, o per le sue opinioni politiche, oppure fondato motivo di credere che la situazione del soggetto in questione possa subire degli aggravamenti per uno di questi fattori.

Oltre alle problematiche legate alla definizione di reato politico e alla clausola di non discriminazione, espressamente affrontate tanto dalla Convenzione di Strasburgo, quanto dalla Convenzione sull'extradizione e relativi Protocolli, il procedimento di estradizione si è reso sovente inapplicabile in quanto ha sollevato rilevanti problematiche sotto il profilo della tutela dei diritti umani, in particolare in relazione all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani, relativo al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti.

Ad esse si aggiunge la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, del 2005¹⁸, che all'articolo 21, par. 2, dichiara espressamente che "nessuna disposizione della (presente) Convenzione deve essere interpretata come implicante un obbligo di estradare se la persona oggetto dell'extradizione rischia di essere esposta a tortura o trattamenti inumani o degradanti". Tale Convenzione è stata recentemente aggiornata mediante il Protocollo ag-

¹⁶ Tali disposizioni sono riconducibili all'articolo 6, par. 3, della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato e all'articolo 44, par. 4, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione.

¹⁷ Convenzione europea per la repressione del terrorismo, Strasburgo, 27 gennaio 1977, Serie dei Trattati europei n. 90.

¹⁸ Convenzione del Consiglio d'Europa per la Prevenzione del Terrorismo, Varsavia, 16 maggio 2005, Serie di Trattati europei n. 196.

giuntivo del 22 ottobre 2015¹⁹. Rileva in particolare, ai fini del presente studio, l'articolo 8, par. 2 del Protocollo, il quale richiama in modo esplicito il principio di proporzionalità: «*the establishment, implementation and application of the criminalisation under Articles 2 to 6 of this Protocol should furthermore be subject to the principle of proportionality, with respect to the legitimate aims pursued and to their necessity in a democratic society, and should exclude any form of arbitrariness or discriminatory or racist treatment*».

4.

La giurisprudenza della Corte EDU nei casi di estradizione ed espulsione in violazione dell'art. 3 CEDU.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte, gli Stati contraenti, in forza del principio di diritto internazionale ben consolidato e senza pregiudizio per gli impegni da loro assunti con i trattati, ivi compresa la Convenzione, hanno il diritto di controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento dei non-nazionali (si vedano, tra le altre *Abdulaziz, Cabales e Balkadali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, e *Boulifa c. Francia*, sentenza del 21 ottobre 1997). La Corte nota anche che né la Convenzione né i suoi Protocolli sanciscono il diritto all'asilo politico (ex. *Vikvarajah e altri c. Regno Unito*).

Tuttavia, l'espulsione eseguita da uno Stato contraente può sollevare un problema riguardo all'articolo 3 e quindi rendere responsabile lo Stato in causa ai sensi della Convenzione, quando ci sono seri motivi ed è verosimile credere che l'interessato, se lo si espelle verso il Paese di destinazione, correrà un tale rischio di essere esposto a trattamenti contrari all'articolo 3.

L'articolo 3, che proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani e degradanti, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Non prevede limitazioni, e in ciò differisce dalla maggioranza degli articoli della Convenzione e dei protocolli n. 1 e 4 e non subisce alcuna deroga così come prevista dall'articolo 15, anche in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (ex. *Irlanda c. regno Unito*, sentenza dell'8 gennaio 1978). Essendo il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti assoluto, quali che siano i comportamenti delle persone coinvolte, il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il ricorrente è ininfluenza ai fini della valutazione di cui all'articolo 3.

Nei casi in cui un ricorrente lamenti di far parte di un gruppo sistematicamente esposto ad una pratica di maltrattamenti, la Corte considera che la protezione dell'art. 3 della Convenzione entra in gioco allorché l'interessato dimostri, eventualmente con l'aiuto di fonti derivanti da rapporti di organizzazioni internazionali, che ci sono motivi seri e accertati di credere che esiste la pratica in questione e che appartiene al gruppo preso di mira.

Conformemente alla giurisprudenza della Corte, poi, perché l'articolo 3 sia applicabile, un maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità. In particolare, perché una pena o il trattamento che ad essa segue possano essere qualificati come "inumani" o "degradanti", la sofferenza o l'umiliazione devono in ogni caso andare al di là di quelle inevitabilmente conseguenti ad un dato trattamento o ad una pena legittima (*Labita c. Italia*).

Nella prassi recente si è gradualmente affermato l'orientamento secondo il quale le norme internazionali sui diritti umani impongono allo Stato richiesto di un'extradizione di tutelare l'extradando anche in relazione alla violazione di alcuni diritti che egli potrebbe subire nello Stato di destinazione. Capostipite di tale evoluzione è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) che, con la sentenza *Soering c. Regno Unito*²⁰, ha per la prima volta espresso il principio secondo il quale uno Stato membro violerebbe la Convenzione qualora consentisse l'extradizione di un individuo verso uno Stato in cui costui correrebbe il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti o torture, ai sensi dell'articolo 3 CEDU. Precisava al riguardo la Corte che qualora l'extradando dichiarasse che la richiesta di estradizione risulterebbe, se portata a termine, in una violazione dell'articolo 3 CEDU, a causa delle possibili conseguenze in cui incorrerebbe nello Stato richiedente, si rende necessario, alla luce del connesso rischio di subire gravi sofferenze, partire dall'articolo 3 per garantirne la sua piena efficacia.

Va osservato che, nella sentenza in oggetto, la Corte non sembra attribuire particolare rile-

¹⁹ Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, Riga, 22 ottobre 2015, Serie di Trattati europei n. 217.

²⁰ Corte EDU, Grande Camera, sent. 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

vanza al fatto che, a seguito della sua decisione, lo Stato parte avrebbe dovuto contravvenire ad un obbligo convenzionalmente assunto. La preoccupazione della Corte sembra invece quella di sottolineare le peculiarità dell'applicazione della Convenzione europea ai casi di estradizione. Essa ammette che adeguata considerazione debba essere data, nella determinazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, al vantaggioso scopo dell'estradizione, ossia il prevenire che il condannato si sottragga alla giustizia. La Corte aggiunge inoltre che sottesa alla CEDU è la ricerca di un equo bilanciamento tra gli interessi della comunità e gli obblighi di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha confermato quanto espresso nel caso *Soering* nelle sentenze *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia*, il 6 febbraio 2003, e *Chamaïev e 12 altri c. Georgia e Russia*, il 12 aprile 2005. La Corte ha ribadito, in entrambe le sentenze, che la responsabilità dello Stato parte che concede l'estradizione sorge in ragione del fatto che la sua azione potrebbe avere come diretta conseguenza l'esposizione dell'estradando a trattamenti degradanti. In secondo luogo, la Corte ha stabilito che tali trattamenti, affinché rientrino nelle condizioni richieste dall'articolo 3, devono superare una soglia minima di gravità. La definizione di tale soglia, peraltro, dipende dalle particolari circostanze del caso, quali la natura del trattamento, il metodo di esecuzione di esso, la durata e le ripercussioni fisiche o psicologiche. In ultimo, la Corte ha insistito sulla necessità di verificare, in base alle specifiche circostanze del caso, che esista il rischio reale per l'estradando di subire torture o trattamenti inumani nello Stato richiedente.

È poi importante ricordare che la Corte, nel caso *Chahal c. Regno Unito*, riconosce carattere assoluto al divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti, descritto espressamente come «*one of the most fundamental values of a democratic society*». Discende dunque dal valore assoluto di tale principio il fatto che «*the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration*»²¹.

L'essere parte di un trattato sui diritti umani comporterebbe dunque per uno Stato l'obbligo non solo di astenersi dal compiere direttamente atti che si traducano in violazione dei diritti fondamentali, ma anche quello di astenersi dal fornire un contributo causale alla violazione dei medesimi diritti da parte di altri Stati.

4.1.

Il caso Saadi c. Italia e seguenti.

Il c.p.p. italiano all'articolo 705/2 individua alcune condizioni la cui presenza è assolutamente ostativa, a prescindere dall'esistenza o meno di una convenzione tra gli Stati, alla concessione dell'estradizione (clausola di salvaguardia comune). In particolare, ciò accade quando: per il reato per il quale è richiesta l'estradizione, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali; la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; o vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta agli atti, alle pene o ai trattamenti indicati nell'art. 698/1 c.p.p., di cui si è fatto menzione in precedenza.

Tale articolo del nostro codice riproduce sostanzialmente quelle norme di diritto internazionale consuetudinario in materia di diritti umani che hanno acquisito natura cogente, essendo peraltro riconosciute dallo stesso diritto internazionale pattizio: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, il divieto di discriminazione; il divieto di violare i principi fondamentali dell'equo processo e il divieto di detenzione arbitraria.

Soffermandoci in particolare sul primo punto (a) la verifica della disposizione consiste essenzialmente nell'analisi se la normativa dello Stato richiedente e il giudizio relativo all'estradando assicurino il rispetto dei diritti fondamentali alla luce delle garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici. La condizione ostativa dell'estradizione deve dunque derivare da una scelta normativa o solo di fatto dello Stato richiedente e deve essere verificata in concreto.

Nonostante quanto previsto dal nostro stesso ordinamento interno, l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte EDU per aver eseguito un ordine di espulsione o allontanamento, poiché, secondo la Corte, questo avrebbe sottoposto la persona al rischio di subire trattamenti

²¹ Par. 79.

inumani o degradanti.

Nel caso *Saadi c. Italia*²², il ricorrente è stato perseguito in Italia per partecipazione al terrorismo internazionale e il decreto di espulsione emesso nei suoi confronti è stato adottato ai sensi del decreto legge n. 144 del 27 luglio 2005 intitolato “misure urgenti per combattere il terrorismo internazionale”, poi convertito nella legge n. 155 del 31 luglio 2005. In più, è stato condannato in Tunisia, in contumacia, a vent’anni di reclusione per appartenenza ad un’organizzazione terroristica che agisce all’estero in tempo di pace e per incitamento al terrorismo.

La Corte si è basata specialmente sui rapporti di Amnesty International e Human Rights Watch relativi alla Tunisia, che descrivevano una situazione preoccupante, in particolare in relazione a trattamenti inumani o degradanti inflitti alle persone accusate ai sensi della legge antiterrorismo del 2003 (sospensione al soffitto; minacce di stupro; scariche elettriche etc.).

L’interessato ha affermato che, contro la sua condanna, non poteva essere sollevato alcun appello con effetto sospensivo e che, anche a supporre il contrario, le autorità tunisine avrebbero potuto incarcerarlo in esecuzione di una misura cautelare. A tal proposito, la Corte ha notato che sapere se il processo del ricorrente in Tunisia potesse essere riaperto era una questione controversa tra le parti.

In queste condizioni, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie, fatti seri e accertati portavano a concludere che esistesse un rischio reale di vedere l’interessato subire trattamenti contrari all’articolo 3 CEDU, qualora egli venisse espulso in Tunisia.

La corte ha dunque deciso che, nell’eventualità che la decisione di espellere il ricorrente verso la Tunisia fosse stata eseguita, ci sarebbe stata una violazione dell’articolo 3 della Convenzione²³.

Nella successiva sentenza *Ben Khemais c. Italia*²⁴, la Corte ha ricalcato la decisione emessa nel caso *Saadi*, stabilendo però, in questo caso, che l’espulsione del ricorrente, condannato in contumacia dal Tribunale militare di Tunisi, in quanto già portata a termine dall’Italia, aveva causato la violazione dell’art. 3 della Convenzione.

Giungendo in ultimo alla sentenza *Trabelsi c. Italia*²⁵, ancora una volta la Corte non ha visto nella fattispecie alcuna ragione per ritornare sulle proprie conclusioni rispetto al caso *Saadi*, e ha deciso che la messa in esecuzione della decisione di espellere il ricorrente verso la Tunisia aveva violato l’articolo 3 della Convenzione.

4.2.

Il caso Nasr e Ghali c. Italia.

Ai fini di completezza dell’analisi in oggetto, è bene soffermarsi brevemente sul caso *Nasr e Ghali c. Italia*²⁶, ampiamente dibattuto in dottrina a seguito della condanna dell’Italia da parte della Corte EDU per violazione degli articoli 3, 5, 8 e 13 CEDU²⁷. Di particolare rilievo, per quanto attiene al presente studio, è l’accertata violazione dell’articolo 3 della Convenzione, sia dal punto di vista procedurale che sostanziale.

Riassumendo i fatti del caso in esame, arrivato in Italia nel 1998 e divenuto imam nel 2000, Abu Omar aveva ottenuto l’asilo per motivi politici. Accusato di far parte di un’organizzazione terroristica e condannato poi dal Tribunale di Milano nel 2013, l’imam fu rapito nel centro di Milano nel 2003. Portato nella base Usa di Aviano e poi in quella di Ramstein in Germania, Abu Omar fu consegnato dagli autori del rapimento, ossia gli agenti della Cia, nelle mani dei servizi segreti egiziani. Torturato a più riprese, fu rilasciato nel 2004. La Procura di Milano aveva aperto un’indagine per sequestro di persona. L’inchiesta, che vedeva al centro agenti della Cia e dei servizi segreti italiani (SISMI), è stata lunga e piena di ostacoli anche a causa del Governo che non aveva voluto chiedere l’extradizione degli agenti Usa coinvolti. Malgrado gli ostacoli, con sentenza del 4 novembre 2009, il Tribunale di Milano ha condannato 23 cittadini Usa (22 agenti della Cia e il colonnello Romano) e due agenti italiani del SISMI, tenuti a versare un indennizzo alla vittima. In appello la condanna dei due italiani era stata annullata. Questo perché era intervenuta, a seguito del conflitto di attribuzione sollevato

²² Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia*.

²³ Vedi anche A. COLELLA, *Ennesima condanna dell’Italia a Strasburgo per violazione del divieto di espulsione verso paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011.

²⁴ Corte EDU, sentenza definitiva del 6 luglio 2009, ricorso n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*.

²⁵ Corte EDU, sentenza del 30 marzo 2010, ricorso n. 22142/07, *Trabelsi c. Italia*.

²⁶ Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2016, ricorso n. 44883/09, *Nasr et Ghali c. Italia*.

²⁷ Sul tema vedi anche M. MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l’Italia sul caso Abu Omar*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016.

dal Governo, la sentenza n. 106/2009 della Corte costituzionale resa il 18 marzo 2009. Per la Consulta i due agenti del SISMI non potevano essere interrogati perché non potevano divulgare fatti coperti dal segreto di Stato, principio che secondo la Corte costituzionale andava esteso anche alla successiva azione civile funzionale a corrispondere il risarcimento dovuto ad Abu Omar. Il procedimento era continuato con la Corte di appello di Milano che nel 2013 aveva condannato alcuni funzionari del Sismi alla reclusione ma, dopo un nuovo intervento della Consulta, la Corte di cassazione aveva dovuto annullare le condanne.

La Corte accerta la violazione dell'art. 3 (divieto di tortura) sotto l'aspetto sostanziale²⁸. Dopo aver richiamato la sua giurisprudenza in tema di tortura, la Corte rileva che il trattamento subito da Abu Omar (rapimento e trasferimento secondo procedure elaborate dalla CIA per tali operazioni e successiva detenzione e sedute d'interrogatorio violento in Egitto, come riportato in un memorandum scritto che l'interessato aveva trasmesso nel 2004 al pubblico ministero di Milano e come confermato da un certificato medico) costituiva cumulativamente un trattamento che violava l'art. 3 della Convenzione. La Corte ha inoltre riconosciuto una violazione materiale dell'articolo 3 anche nei confronti della signora Ghali, moglie di Abu Omar, a causa dell'importante danno morale derivatole dal non avere notizie del marito per un periodo di tempo prolungato²⁹.

Come anticipato, la violazione dell'articolo 3 sussiste anche dal punto di vista procedurale. Pur riconoscendo i meriti dell'Italia per aver condotto indagini approfondite che hanno permesso una ricostruzione dei fatti a livello nazionale, a differenza delle autorità polacche e macedoni nei precedenti casi *El-Masri*, *Husayn* e *Al Nashiri*³⁰, la Corte ha rilevato un abuso del segreto di Stato volto principalmente a garantire l'impunità degli agenti del Sismi. Di qui la violazione procedurale dell'articolo 3 che vieta la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, tenendo conto che gli Stati non solo devono impedire atti di questo genere, ma sono anche tenuti ad individuare e punire i colpevoli. La Corte, richiamando la sentenza del caso *Cestaro* del 7 aprile 2015³¹, enuncia infatti quali siano gli elementi di un'«indagine ufficiale effettiva» in casi relativi a tortura: la celerità delle indagini; una successiva procedura sul piano penale che, nel suo insieme, soddisfi l'imperativo di non lasciare impuniti gli attentati all'integrità fisica e morale delle persone; una sanzione dei responsabili proporzionale alla gravità del reato commesso; l'esclusione della prescrizione, dell'amnistia, della grazia, della sospensione della pena e dell'indulto. Di particolare rilievo poi, nel caso Abu Omar, è l'argomentazione della Corte in merito all'inaccettabile applicazione della grazia che, in casi di violazione dell'articolo 3, non può essere tollerata³².

5. Conclusioni

Come emerso dagli strumenti internazionali regolanti la procedura di estradizione in generale, dalle *suppression conventions* in materia di prevenzione e repressione del terrorismo, e dallo stesso ordinamento italiano, essi stessi contengono norme relative alla tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie individuali dell'estraddando, dalla cosiddetta "clausola di non discriminazione" al divieto di estradare, espellere o allontanare la persona richiesta qualora rischi di subire, nel Paese richiedente, trattamenti inumani o degradanti.

Alla luce di quanto viene in rilievo dalla giurisprudenza della Corte EDU, tuttavia, appare naturale domandarsi come sia possibile bilanciare l'imperativo di garantire la sicurezza

²⁸ Per un approfondimento sull'argomentazione della Corte in relazione al legittimo ricorso al segreto di Stato, cfr. T. SCOVAZZI, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso "Abu Omar"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2016, pp. 157-184.

²⁹ Corte EDU, *Nasr et Ghali c. Italia*, par. 317. Nel prendere tale decisione la Corte ricorda certa giurisprudenza precedente, ribadendo che «la souffrance endurée par un individu à la suite de la disparition ou perte d'un proche en raison d'une action des autorités étatiques peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3». Il riferimento della Corte è al caso *Kurt c. Turquie*, nel quale la Corte ha riconosciuto nella perdita di un figlio da parte della madre una violazione dell'articolo 3, sebbene sottolineando che tale decisione non debba essere intesa come principio generale, ma adeguata al caso specifico.

³⁰ Corte EDU, sentenza del 13 dicembre 2012, ricorso n. 39630/09, *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*. Tale sentenza è particolarmente rilevante in quanto la Corte ha condannato per la prima volta uno Stato membro del Consiglio d'Europa per aver praticato le *extraordinary renditions*; Corte EDU, sentenza del 24 luglio 2014, ricorso n. 7511/13, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*; Corte EDU, sentenza del 24 luglio 2014, ricorso n. 28761/11, *Al Nashiri c. Polonia*.

³¹ Corte EDU, sentenza del 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11, *Cestaro c. Italia*. Per un approfondimento sulla sentenza si veda anche F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015.

³² Corte EDU, *Nasr et Ghali c. Italia*, par. 263.

nazionale e gli obblighi di tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Il paragrafo 137 della sentenza *Saadi c. Italia* prova a rispondere in modo conciso a tale quesito: “*La Corte nota innanzitutto che in questo periodo gli Stati incontrano considerevoli difficoltà per proteggere la propria popolazione dalla violenza terroristica (...). Non si dovrà quindi sottostimare l'ampiezza del pericolo che oggi rappresenta il terrorismo e la minaccia che incombe sulla collettività. Ciò non dovrebbe tuttavia rimettere in discussione il carattere assoluto dell'articolo 3*”.

Come sottolineato nell'opinione alla sentenza, la Convenzione contiene di fatto norme giuridiche in materia di diritti dell'uomo che devono essere riconosciute ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione delle Alte Parti Contraenti (art. 1). D'altra parte gli Stati hanno anche l'obbligo positivo di proteggere i propri cittadini e, come indicato dalle linee direttrici del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la lotta contro il terrorismo (adottate l'11 luglio 2002), hanno il dovere imperativo di proteggere le popolazioni contro eventuali atti terroristici. Tuttavia, gli Stati non possono combattere il terrorismo internazionale a qualsiasi prezzo, ricorrendo a metodi che intaccano i valori stessi che cercano di proteggere; e questo vale in modo particolare per i diritti assoluti, tra cui rientra l'articolo 3 CEDU, a cui, continua l'opinione, non si dovrebbe derogare nemmeno in caso di pericolo pubblico.

Inoltre, è bene ricordare che, dopo gli avvenimenti dell'11 settembre, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha affermato, nel preambolo delle linee direttrici, l'obbligo degli Stati di rispettare, nella lotta contro il terrorismo, gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo per gli Stati membri, in particolare la Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali oltre che la giurisprudenza della Corte EDU. La linea direttrice 13.2 stabilisce chiaramente che uno Stato che intende espellere una persona verso il proprio Paese d'origine o verso un altro Paese ha l'obbligo di non esporlo alla pena di morte, alla tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti

Relazione di sintesi del VII Corso di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli"
per dottorandi e giovani penalisti (SII-AIDP Gruppo Italiano – Noto, 11-13 novembre 2016)

Terrorism and Criminal Law: Facts, Outlooks and Limits

Final report of the 7th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli"
for PhD Candidates and Young Penalist (SII-AIDP Italian Group – Noto, 11-13 November 2016)

LORENZO PICOTTI

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Verona

TERRORISMO, NUOVA LEGISLAZIONE, ESPANSIONE
DEI DELITTI PREPARATORI, REATI A CONSUMAZIONE ANTICIPATA
ED A DOLO SPECIFICO, GARANZIE FONDAMENTALI

TERRORISM, NEW LEGISLATION, PREPARATORY
ACTS, INCHOATE OFFENCES AND SPECIFIC INTENT,
FUNDAMENTAL GUARANTEES

ABSTRACT

Il testo riproduce la relazione di sintesi del VII Corso "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti svoltosi a Noto nel 2016. Si affrontano le principali questioni trattate, poste dalla nuova legislazione italiana per la lotta al terrorismo, che ha dato attuazione a plurime fonti sovranazionali, soprattutto con riferimento all'anticipazione della punibilità tramite la formulazione di fattispecie a dolo specifico e l'incriminazione di atti preparatori quali autonomi delitti, accanto alla fattispecie di associazione terroristica. Si considerano anche taluni aspetti di diritto processuale penale e si conclude evidenziando la necessità che l'adeguamento del diritto penale alle nuove sfide poste dal terrorismo non pregiudichi la salvaguardia delle garanzie fondamentali dello Stato di diritto.

This paper contains the final report of the 7th Training Course "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates and young criminal law specialists, held in Noto in 2016. It reports the main issues discussed in Noto arising in relation to the new Italian anti-terrorism legislation recently enacted in order to comply with international law, which provides for earlier criminal responsibility for preparatory acts and inchoate offences through the criminalisation of specific intent in addition to criminal conspiracy. The article also considers procedural law aspects and concludes that, although it is necessary to bring the criminal system into line with the new challenges of terrorism, it is still essential to respect the fundamental guarantees resulting from the principle of the rule of law.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Sulle peculiarità dell'attuale terrorismo jihadista. – 3. Su alcuni tratti caratterizzanti l'evoluzione del diritto penale antiterrorismo: la distinzione dalla criminalità organizzata e dalla violenza politica. – 4. Sull'armonizzazione legislativa e relative fonti sovranazionali. – 4.1. A livello di Nazioni unite. – 4.2. A livello europeo. – 5. I caratteri peculiari della nuova legislazione penale: l'“anticipazione” della tutela penale ed il ruolo del c.d. dolo specifico. – 6. L'autonoma punibilità degli atti di “preparazione” e di “partecipazione”. – 7. Sull'istigazione a commettere delitti di terrorismo. – 8. Cenni all'impatto sul diritto processuale penale. – 9. Valutazioni conclusive: necessità di adeguamento del sistema penale alle nuove sfide e garanzie fondamentali da salvaguardare.

1.

Premessa.

Premetto che non mi è possibile formulare una compiuta relazione di sintesi, per la complessità del tema, l'articolata diversità e ricchezza dei profili trattati, l'elevato livello qualitativo delle relazioni, degli interventi e delle argomentazioni svolte a supporto di posizioni critiche naturalmente non sempre omogenee.

Per cui mi sforzerò di tracciare soltanto delle personali linee di lettura, su specifici nodi problematici, che servano a dare una visione delle principali tematiche affrontate, senza poter ovviamente considerare tutti i singoli contributi e riservandomi al riguardo un certo margine d'arbitrio, imputabile ai miei limiti, non certo a quelli di chi non venga espressamente o esaurientemente menzionato.

Voglio però ancora, in via preliminare, salutare e ringraziare la Presidente del nostro Gruppo italiano dell'AIDP, Paola Severino, che assumendone la guida un paio di anni orsono, ha voluto fortemente che proseguisse questa iniziativa, giustamente considerata caratterizzante e strategica per il suo indirizzarsi ai giovani penalisti e processualpenalisti, su tematiche e con metodi propri dell'*Association Internationale de Droit Pénal*: quali la prospettiva internazionale da cui riguardare le questioni più attuali del diritto penale, l'approccio interdisciplinare fra sostanzialisti e processualisti, la partecipazione attiva non solo di professori e ricercatori universitari, ma anche di avvocati e magistrati, affinché sia garantita e discussa una conoscenza non meramente teorica ed accademica delle questioni affrontate, ma che consideri altresì il loro emergere dai fenomeni reali della società e le ricadute nella soluzione dei casi pratici, nonché nelle valutazioni e scelte di politica criminale, da proporre, criticare o sviluppare. È stato proprio con questi intenti che nel 2009, con l'allora Presidente professor Alfonso Stile, abbiamo per la prima volta concepito quest'iniziativa (e ne rivendico anzi, quale Segretario generale del Gruppo all'epoca, l'originaria idea), che denominammo „settimana di formazione per dottorandi e giovani penalisti“ supportata fin da subito dall'ISISC, con il suo fondamentale contributo organizzativo e finanziario, poi intitolata a Giuliano Vassalli, nel frattempo venuto a mancare, come “Scuola” ormai consolidatasi. E devo dire che l'attuale edizione, grazie alla sapiente direzione scientifica di Vincenzo Militello (non meno di quella dello scorso anno sostenuta soprattutto da Stefano Manacorda) appare particolarmente riuscita e coerente con gli obiettivi ed i caratteri indicati.

2.

Sulle peculiarità dell'attuale terrorismo jihadista.

Non mi soffermo sugli aspetti storici e sui fattori che hanno portato all'attuale situazione di permanente allarme per le gravi e diffuse manifestazioni del terrorismo islamista o, meglio, jihadista (dalla globalizzazione, alle migrazioni, dai radicalismi religiosi, alle situazioni di oppressione e di guerre che alimentano entrambi, a partire dal “conflitto madre” israelo-palestinese ed ora anche siriano), già ben lumeggiate in diverse relazioni ed interventi¹. Voglio limitarmi a richiamarne alcuni **riflessi sulle risposte del sistema penale** (inteso in senso lato, come è stato in questo corso, quale insieme di diritto penale e processuale, misure di preven-

¹ Mi riferisco soprattutto alle introduzioni alle sezioni rispettivamente coordinate, di Vincenzo Militello, Alberto Perduca, Rosario Aitala, Roberto Bartoli.

zione ed amministrative, nuovi strumenti proattivi, di indagine e di controllo)², per evidenziarne le peculiarità rispetto a precedenti fenomeni di terrorismo, o limitrofi.

Se è vero che attentati e gruppi terroristici hanno accompagnato la stessa formazione ed esistenza dello Stato moderno, come dimostra la lunga storia degli anarchici già di fine '800, non si possono assimilare, solo per la comune denominazione, fenomeni molto diversi e distanti fra loro. Basti al riguardo pensare ai peculiari caratteri ed obiettivi dei crimini ed attentati delle Brigate Rosse o di Prima Linea od anche (sul fronte estremista opposto) dei NAR od Ordine nuovo, in Italia, ovvero di organizzazioni come la *Rote Armée Fraction* di Baader e Meinhof in Germania, e per alcuni aspetti anche di ETA in Spagna ed IRA in Irlanda, per comprendere come quello degli anni '70 ed '80 dello scorso secolo (purtroppo con strascichi sanguinosi anche in decenni successivi) sia stato un ben diverso terrorismo, caratterizzato da finalità eminentemente politiche "interne" da perseguire con obiettivi mirati e selezionati, in una strategia di attacco progressivo ad istituzioni ed uomini rappresentativi dello Stato od anche del "sistema" capitalistico (di "Stato Imperialista delle Multinazionali" quale bersaglio da colpire al cuore parlavano sempre i comunicati delle Brigate Rosse). Per cui prevaleva l'aspetto dell'„**eversione dell'ordine democratico**“, come si esprimeva la stessa normativa emanata all'epoca per tipizzarne le finalità, poi più puntualmente ridefinita con riferimento giuridico all'„ordine costituzionale“³.

Erano comunque comportamenti circoscrivibili ad ambiti di bersagli intelligibili (fossero persone o cose), il cui valore simbolico e "comunicativo" veniva esplicitamente privilegiato, nella prospettiva di un avvicinamento alla "meta" da raggiungere in un orizzonte territorialmente e temporalmente prossimo, nel quale gli autori dei relativi crimini si ponevano come guida esemplare di un lungo programma da realizzare tramite l'organizzazione in cui erano attivamente inseriti, con il fine di acquisire consensi ed adesioni dalle classi o dai gruppi sociali nel cui interesse dichiaravano di agire.

Con gli attentati dell'11 settembre 2001 si è invece imposto prepotentemente all'attenzione un fenomeno radicalmente diverso, caratterizzato da una strategia sostanzialmente bellica, di dimensione sovranazionale ed in un certo senso anche "ultraindividuale", in cui non solo l'attacco proveniva od era organizzato dall'esterno delle società aggredite, ma gli stessi autori risultavano mere pedine pronte a sacrificare la vita alla "causa" sovrastante, di natura metapolitica o, se si vuole, di tipo "religioso-culturale": tanto che gli attacchi hanno via via assunto un'estensione potenzialmente indiscriminata, contro vittime divenute bersaglio in funzione non della loro rappresentatività o funzione, ma dell'esigenza di dare la massima dimostrazione di forza, intimidazione e potenza aggressiva contro le potenze politiche ed economiche da colpire (si vedano, oltre agli attentati di New York e Washington del 2001, quelli di Madrid del 2004 e di Londra del 2005). La ben maggiore temibilità di tale nuovo fenomeno, riconducibile ad organizzazioni sostanzialmente militari e localizzazioni territoriali "all'estero" (Al Qaeda, frazione talebana in Afghanistan, quindi Stato islamico), è stata fronteggiata con metodi in gran parte di corrispondente natura bellica, comunque non convenzionali e di *intelligence*, che hanno però avuto effetti anche sul diritto penale, soprattutto con l'introduzione di nuove incriminazioni di comportamenti prodromici, per colpire il proselitismo, la preparazione, il supporto ed il finanziamento delle azioni nonché organizzazioni coinvolte, anticipando, con la soglia della rilevanza penale, anche il momento d'inizio delle indagini e di possibile applicazione di misure cautelari.

L'ultima attuale fase si caratterizza per una sorta di polverizzazione degli attacchi, che possono provenire anche da singoli nuclei o addirittura da singoli individui (i c.d. lupi solitari), e sono indirizzati sia contro vittime simboliche (attacco a Charlie Hebdo nel 2015, rapimenti e uccisioni di giornalisti ed ostaggi), sia indiscriminate (Bataclan nel 2015, Nizza, Berlino e Bruxelles nel 2016), in una dimensione che si potrebbe definire "sacrificale" sia dal lato degli autori, che anche singolarmente si immolano, sia da quello delle vittime, che vengono parimenti immolate alla causa, avente una connotazione sempre più metapolitica e metastorica. Per cui l'esigenza di ulteriori strumenti di prevenzione e di anticipazione della rilevanza penale delle condotte da perseguire, anche al di là di un formale inserimento in organizzazioni terro-

² Cfr. E. COSSU, F. MAZZACUVA, *Terrorismo e sistema penale - realtà, prospettive e limiti. Introduzione al corso*, in questa Rivista.

³ Cfr. l'art. 1 legge 6 febbraio 1980, n. 15, che introdusse l'aggravante della "finalità di terrorismo od eversione dell'ordine democratico" applicabile a qualsivoglia reato, con aumento "della metà della pena", cui si riferì poi l'art. 11 legge 29 maggio 1982, n. 304, stabilendo che l'espressione "eversione dell'ordine democratico" corrispondeva per ogni effetto giuridico a quella "eversione dell'ordine costituzionale", dimostrando la preminente attenzione del legislatore dell'epoca per il profilo della "eversione interna" nei delitti che venivano in rilievo.

ristiche, è divenuta ancor più forte, portando all'incriminazione dell'autoaddestramento e dei destinatari del delitto di arruolamento, nonché dell'organizzazione dei trasferimenti all'estero e del finanziamento, con inasprimento delle pene per l'istigazione commessa via Internet.

3. Su alcuni tratti caratterizzanti l'evoluzione del diritto penale antiterrorismo: la distinzione dalla criminalità organizzata e dalla violenza politica.

Le richiamate peculiarità delle diverse forme di terrorismo che abbiamo conosciuto in questi ultimi decenni sono dunque alla base delle differenti risposte giuridico-penali che si sono per ondate succedute, benché qualche tratto comune possa pur sempre ravvisarsi, in particolare nel costante sforzo legislativo di reagire con riforme ed interventi emergenziali, che vanno dal diritto penale sostanziale, in cui si introducono nuove fattispecie di reato e si aumentano sensibilmente le pene, sempre più severe rispetto a quelle previste per delitti comuni corrispondenti, al diritto processuale, in cui si rafforzano ed arricchiscono, con previsioni speciali e deroghe a limiti o regole comuni, soprattutto i mezzi di ricerca della prova e le misure cautelari, personali e patrimoniali, toccando infine il campo delle misure di prevenzione ed amministrative, specificamente estese ed articolate nell'ambito del contrasto al terrorismo.

Rispetto a questo processo evolutivo emerge, e va evidenziata, la distinzione del terrorismo da due ambiti di criminalità confinanti: da un lato quello della criminalità organizzata, dall'altro quello della violenza politica.

Sotto il primo profilo va sottolineato che la diversa "finalità" che caratterizza la **criminalità organizzata**, in specie di stampo mafioso, esprime gli interessi che la muovono e si riverbera sul metodo con cui li persegue, con parametri di efficacia utilitaristica. Il preminente scopo di lucro o profitto illecito porta infatti ad instaurare rapporti di prevaricazione, sopraffazione e pur anco violenza, rispetto a persone e cose, soltanto se necessario, ad esempio contro gruppi concorrenti ed avversari interni: ma senza che la violenza si trasformi in strumento per scopi politici, di eversione od anche intimidazione generalizzata, tantomeno permanente, sulla popolazione. Nonostante l'isolata (e discutibile) applicazione dell'aggravante della finalità di terrorismo od eversione ad alcune „stragi di mafia“, essa ha riguardato singoli casi eccezionali di frizione estrema con i poteri dello Stato. Nella normalità del suo agire, al crimine organizzato ed in particolare a quello di tipo mafioso è ben più conveniente garantirsi un sistema duraturo e stabile di convivenza pacifica, esercitando con opportune infiltrazioni e collusioni il controllo di appalti, amministrazioni, servizi pubblici, settori economici adatti a ricevere investimenti di capitali di provenienza illecita, stringendo alleanze od accordi occulti anche con forze politiche locali e nazionali, per conseguire consensi o, perlomeno, "pace sociale" nei territori d'interesse.

Queste caratteristiche differenziali non escludono che vi siano aspetti e modelli organizzativi comuni alle associazioni mafiose ed a quelle terroristiche, che possano servire da paradigma per estendere mezzi ed esperienze d'indagine, nonché istituti premiali ed ablatori (in specie sequestri e confisca), oltre che specifiche misure di prevenzione, dal primo al secondo ambito⁴: ma la diversità strutturale fra i due fenomeni deve essere rimarcata, per non sovrapporre realtà eterogenee, che richiedono risposte differenziatamente mirate.

L'altra distinzione va operata rispetto alla **violenza politica**. La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsene specificamente in una serie di pronunce riguardanti reati commessi da promotori ed aderenti a movimenti di protesta. Nonostante la commissione di atti violenti ed organizzati, questi non sono stati considerati delitti terroristici, come qualche orientamento della giurisprudenza di merito riteneva. Mi limito al riguardo a sottolineare alcuni importanti principi espressi in una nota sentenza della Corte di Cassazione⁵, che ha escluso la configurabilità dei contestati delitti di cui agli artt. 280 (attentato alla vita e incolumità di persone per finalità terroristica) e 280 bis c.p. (atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi) in atti diretti a danneggiare cose mobili ed immobili altrui, mediante l'uso di dispositivi esplosivi o

⁴ Cf. V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti. Presentazione del corso*, in questa Rivista.

⁵ Cass., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, in *Dir. pen. cont.*, con nota di S. ZIRULIA. Il fatto riguardava l'attacco al cantiere del cd. cunicolo esplorativo di Chiomonte sito in Valle di Susa, posto in essere da un commando di 4 persone, mediante lancio di 10 bottiglie molotov, che non aveva cagionato lesioni a persone, ma solo danni a cose.

comunque micidiali quali, nella specie, bottiglie molotov (qualificate “armi da guerra”), lanciate contro un cantiere della linea ferroviaria ad alta velocità in costruzione in Val di Susa da esponenti del c.d. movimento “No TAV”. Ebbene, la Corte si è soffermata soprattutto sulla mancanza di condotte con “finalità terroristica” in tali fatti, quali definite normativamente dall’art. 270 *sexies c.p.*, sottolineando che la complessità della relativa struttura comprende elementi di carattere obiettivo, che misurano in termini di pericolo concreto la specifica offensività dei comportamenti contemplati e garantiscono che non si cada in un modello di diritto penale dell’intenzione e del tipo d’autore, costituzionalmente illegittimo. Il c.d. dolo specifico, che connota le menzionate fattispecie, si deve quindi correlare ad elementi esterni, non essendo ridicibile ad un intento soltanto soggettivo, quale mero elemento psicologico interiore (da ascrivere dogmaticamente alla colpevolezza od anche all’illecito, si può aggiungere, in una sua concezione soggettivizzata che vi includa anche il dolo o la colpa), dovendosi “materializzare in un’azione seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti nella norma” (ivi, p. 30). Per cui non poteva ravvisarsi nelle azioni, pur violente e criminose, degli autori dei danneggiamenti in questione, che non presentavano alcuna idoneità a conseguire od integrare tutti gli elementi costitutivi della “finalità terroristica”: in particolare, il mero “condizionamento politico” perseguito pur con mezzi illeciti, per la sproporzione di scala rispetto al risultato richiesto dalla norma di “costringere i poteri pubblici a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto” ha portato a concludere che “l’equiparazione tra condotta illecita politicamente motivata e terrorismo è improponibile” (ivi, p. 27).

Prima di tornare ad analizzare la definizione e valenza della finalità di terrorismo, occorre però sottolineare il marcato “cambio di paradigmi” che connota l’ultima ondata di legislazione in materia.

4. Sull’armonizzazione legislativa e relative fonti sovranazionali.

4.1. *A livello di Nazioni unite.*

Innanzitutto, per la dimensione **internazionale** che ha assunto il terrorismo nelle sua forma attuale, non solo per la sua „provenienza“ da Stati esteri, ma anche per la sua complessa articolazione operativa in nazioni diverse, viste sia come obiettivi da colpire, sia come basi logistiche per infiltrazioni, reclutamento, finanziamento, organizzazione in genere, è stata espressamente aggiunta la locuzione “anche internazionale” nella rubrica e nel testo di tutte le disposizioni che puniscono delitti di terrorismo, fin dal 2001. Ma ancor più si è generalizzata l’esigenza di una sistematica armonizzazione tramite le fonti internazionali⁶, per delineare una politica criminale comune, che ha portato all’introduzione di nuovi reati e strumenti processuali “condivisi”.

Negli anni Settanta del secolo scorso tale esigenza si era affacciata per la prima volta per dare efficace risposta, necessariamente comune, ai dirottamenti aerei (Convenzione delle Nazioni Unite del 1977). Quindi, seguendo questa linea di interventi settoriali sulle diverse forme e modalità di manifestazione del terrorismo, si era giunti alla Convenzione del 1997 contro gli attentati terroristici con esplosivo, e poi nel 1999 contro il finanziamento del terrorismo.

Ma dopo l’11 settembre 2001 vi è stato un deciso cambio di passo, nel senso che in sede di Nazioni Unite si è proceduto con specifiche ed immediate risoluzioni del Consiglio di sicurezza, come quella diretta a prevenire gli attacchi della frazione talebana in Afghanistan, per introdurre (anche) obblighi di penalizzazione da parte dei singoli Stati, senza che comunque si sia ancora pervenuti ad adottare una Convenzione generale contro il terrorismo, né questo sia stato inserito fra i crimini internazionali oggetto della competenza della Corte penale internazionale, dati i contrasti sulla definizione stessa di terrorismo a livello mondiale, a fronte delle molte situazioni di conflitti anche violenti diversamente valutati a livello politico, e del resto l’ancora limitata accettazione della giurisdizione della Corte, che non si è avuta (finora) da parte di Stati di primaria importanza, come Stati Uniti, Russia, Cina ed Israele.

Emblematico dell’esigenza di un nuovo approccio globale è però il documento del 2012

⁶ F. Rossi, *La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo*, in questa Rivista.

sull'uso di Internet per scopi terroristici, a cura di UNODOC, in cui si evidenzia come il ricorso alla rete, per propagandare le azioni ed organizzazioni terroristiche a livello mondiale, ne dimostri il carattere ormai transnazionale e l'urgenza dunque di una risposta corrispondentemente condivisa⁷.

Approccio globale comunque presto adottato, nelle successive risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 2014, prese a seguito dell'escalation del terrorismo jihadista.

Evidente è dunque la distanza dai tempi in cui i comunicati delle Brigate Rosse erano affidati a volantini con la "stella a cinque punte" lasciati nei cestini di rifiuti o nelle cabine telefoniche, e di cui veniva dato avviso ai giornali, che poi li pubblicavano o ne riferivano, rimbalzandoli su giornali radio e telegiornali. Oggi la comunicazione è *direttamente* indirizzata al pubblico a livello globale, con messaggi audio e video autonomamente prodotti e suscettibili di immediata e capillare diffusione in rete, ben difficili da prevedere od impedire, anche se identica resta la necessità di chi compie siffatte azioni di comunicare e diffondere al pubblico messaggi, appelli, manifestazioni di forza che dovrebbero dare ad esse maggior visibilità e propagandarne, con la "rivendicazione", le finalità ed il valore "simbolico".

4.2. *A livello europeo.*

Formalmente più penetrante, sul piano delle fonti, è l'armonizzazione conseguita a livello continentale, sia attraverso la Convenzione di Varsavia adottata dal Consiglio d'Europa nel 2005 per la "prevenzione" del terrorismo, sia attraverso le decisioni quadro dell'Unione europea del 2002 e poi del 2008, recentemente sostituite dalla Direttiva 2017/541 contro il terrorismo, emanata sulla nuova base giuridica fornita dal Trattato di Lisbona, in specie dagli artt. 82 (per quanto riguarda la disciplina processuale) ed 83, par. 1, TFUE (per quanto riguarda il diritto penale sostanziale). Il terrorismo è infatti incluso fra gli ambiti di criminalità grave e transnazionale, da combattere su basi comuni, per cui è prevista una specifica competenza concorrente dell'Unione europea in materia penale.

Importanti sono altresì gli strumenti basati sul "mutuo riconoscimento" dei provvedimenti giudiziari degli Stati membri, a partire dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo risalente al 2002 e, come noto, approvata anche sulla spinta dell'urgenza di contrastare il terrorismo internazionale, manifestatosi negli attentati dell'11 settembre. Ad essa sono seguite altre, ad esempio in materia di ricerca e acquisizione delle prove precostituite, nonché di blocco di beni, sequestri e confisca, in cui il terrorismo figura sempre nella „lista di reati“ (o, meglio, di materie) per cui si prescinde dal requisito della doppia incriminazione, sul presupposto di un sufficiente livello di armonizzazione raggiunto nelle rispettive legislazioni nazionali, e di correlate equivalenti garanzie.

In prospettiva futura va segnalato che anche la costituenda Procura europea, prevista dall'art. 86 TFUE per contrastare le frodi e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il cui regolamento istitutivo è da tempo in corso di approvazione in sede di Consiglio e Parlamento europeo, potrebbe vedere estesa la sua competenza alla lotta al terrorismo, sulla base di una decisione all'unanimità del Consiglio europeo (cfr. art. 86, par. 4 TFUE).

5. **I caratteri peculiari della nuova legislazione penale: l'“anticipazione” della tutela penale ed il ruolo del c.d. dolo specifico.**

Il carattere comune e più dibattuto, dal punto di vista del diritto penale sostanziale, che presenta la nuova legislazione antiterrorismo, via via accentuatosi nelle varie ondate di provvedimenti, è dato dall'anticipazione della rilevanza penale degli atti incriminati.

Bisogna ricordare, per vero, che la tecnica di formulazione delle fattispecie penali secondo il modello in sé ben noto dei delitti di attentato, in particolare nel campo dei reati contro la "sicurezza" dello Stato, era già stato oggetto di riflessione e confronto fin dalle origini del diritto penale moderno, come dimostrano gli acuti scritti di Filangeri, Carmignani, Carrara, solo

⁷ United Nations Office on Drugs and Crime (ed.), *The Use of the Internet for Terrorist Purposes*, Vienna, 2012

per citare alcuni dei nostri classici.

Ma nelle norme recenti vi è qualcosa di più specifico, che va sottoposto ad analisi e valutazione critica.

Si tratta, infatti, di un ricorso sistematico alla “soggettivizzazione” massima delle fattispecie normative, in quanto il fuoco del disvalore e la stessa ragion d’essere dell’incriminazione si concentrano sull’elemento del “fine” perseguito dall’agente, tipizzato dal legislatore con rimando alla definizione contenuta nell’art. 270 *sexies* c.p., mentre la condotta o fatto-base, oggettivamente descritti in termini di concreta realizzazione materiale, appaiono spesso di per sé neutrali, od altrimenti leciti, comunque molto lontani dalla realizzazione effettiva del fine stesso, rispetto a cui non è richiesto alcun esplicito requisito di idoneità oggettiva, né univocità di direzione, quale invece previste dalla disciplina generale del tentativo con riguardo alla consumazione: requisiti estesi in via interpretativa alle molteplici fattispecie di attentato presenti nel nostro codice, e per alcuni di essi poi inseriti espressamente dalla novella portata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, con l’aggiunta che deve altresì trattarsi di “atti violenti”.

Come ho già avuto modo di argomentare⁸, la tecnica di strutturazione delle fattispecie penali c.d. “a dolo specifico”, prescelta dal legislatore per tipizzare i delitti di terrorismo ampiamente analizzati e discussi nel corso, si differenzia però da quella dei delitti di attentato propriamente intesi, ed ancor più da quella del comune tentativo, proprio perché non richiede, di per sé, un requisito d’*idoneità* alla realizzazione del fine, non essendo questo assimilabile ad un evento collegato all’azione base da un (potenziale) rapporto causale, né di *univocità* oggettiva della direzione, trattandosi di finalità dell’agente, non dell’azione, tanto che il momento consumativo è già precisamente fissato con il compimento di questa (o del fatto-base).

Nondimeno, la formulazione del “dolo specifico” in questi delitti è suscettibile di un’interpretazione – e conseguente applicazione in sede giudiziale – che ne valorizzi la natura di elemento di *tipizzazione* del “fatto” oggettivo costitutivo del reato, non riducibile a mera qualificazione del dolo o, comunque, del solo elemento “soggettivo” del reato, cui rimanda invece la tradizionale denominazione di “*dolo specifico*”, corrente nella nostra tradizione dogmatica.

Nella formulazione imperniata sul fine tipico si deve infatti porre in primo piano lo stringente *nesso teleologico* (“mezzo-fine”) fra scopo tipico ed atto o fatto-base, che già deve costituirne un’oggettiva, seppur parziale, realizzazione esterna. Non basta, cioè, un qualsivoglia “atto” (o fatto-base) conforme a quello normativamente descritto, cui si “aggiunga” o cui acceda una finalità soggettiva meramente interiore, da considerare nel solo ambito del dolo, se il primo non può già dirsi espressa manifestazione ed anzi inizio di realizzazione del fine tipico, che a monte deve sorreggerlo ed indirizzarlo.

E la proiezione “ulteriore” (rispetto al momento consumativo) cui il fine stesso allude, rimanda ad un elemento di natura *oggettiva*, o meglio “oggettivabile”, rappresentato (come la dottrina tedesca ha da tanto tempo evidenziato) da un evento c.d. tagliato, che non occorre cioè si verifichi materialmente per il perfezionamento del reato, ovvero ad un secondo atto, c.d. incompiuto, che parimenti non è richiesto dalla legge che sia materialmente posto in essere e per il quale (a differenza del primo caso) occorrerebbe necessariamente un ulteriore attivarsi volontario dell’agente stesso o di terzi, dopo il momento di perfezionamento formale.

In entrambi i casi, non è pertinente il richiamo al paradigma *causale* dell’idoneità, intesa come probabilità naturalistica (secondo leggi scientifiche o statistiche di copertura), che l’evento o tantomeno l’ulteriore atto “accada”: pur quando descritto in termini di possibile evento futuro (“tagliato”), l’oggetto del fine non è assimilabile all’evento di un delitto non consumato, proprio per la natura del nesso *teleologico* (e non causale), che lo deve legare all’atto o fatto-base. Certamente deve sussistere la possibilità concreta che venga realizzato o posto in essere, altrimenti si sarebbe nel mondo del putativo, penalmente irrilevante: ma in forza delle caratteristiche specifiche di autodeterminazione e volontarietà dell’agire umano “finalistico” che si esprime nei modi e connotati concreti dell’azione, nella sua *interazione* con quella degli altri.

La portata di tale assunto emerge con chiarezza considerando il ruolo del “fine tipico” nei reati associativi, che polarizza non solo i singoli contributi ed atti dei promotori, organizzatori, dirigenti e partecipi dell’associazione, ma anche l’operatività ed organizzazione del sodalizio come tale, costituendone lo “scopo sociale”: ovvero la “causa” oggettiva della *societas*, che in

⁸ Sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali*, Milano, 1993; nonché Id., “Dolo specifico” und Absichtsdelikte. Der sog. Handlungszweck zwischen gesetzlicher Formulierungstechnik und dogmatischen Begriffen, in FS-Frisch, Berlin, 2013, p. 363 s.; Id., Zwischen ‘spezifischem’ Vorsatz und subjektiven Unrechtselementen. Ein Beitrag zur typisierten Zielsetzung im gesetzlichen Tatbestand, Berlin, 2014.

vista della sua realizzazione si costituisce, articola ed opera, con un'adeguata distribuzione di ruoli e predisposizione di mezzi. Dunque non è certamente riducibile ad un mero intento "interiore" dei singoli associati, che guidi soltanto la loro personale condotta e possa addirittura restare ignoto agli altri partecipi: al contrario lo "scopo" dell'associazione deve concretizzarsi e manifestarsi all'esterno, anche nei rapporti con terzi, venendo in tal guisa condiviso e voluto da tutti gli associati, che con le rispettive condotte strumentali al fine devono già "parzialmente" realizzarlo. In definitiva, nello scopo tipico si riflette l'*interesse sociale* corrispondente, che dovrà essere *oggetto* del dolo di ciascuno, senza certo ridursi al dolo (seppur "specifico") del reato.

Analoga prospettiva di lettura deve estendersi alla funzione *tipizzante* del fine specifico nei reati monosoggettivi, in cui la dimensione *oggettiva* del "fatto di reato" normativamente descritto tramite l'espressa rilevanza data dal legislatore al nesso teleologico con la condotta o fatto-base, ne completa la definizione puntualizzando l'*oggettivo conflitto d'interessi*, che integra l'offesa penalmente rilevante.

In altri termini, il fine esprime normativamente ciò che soddisferebbe, se realizzato, l'interesse "di parte" perseguito dall'agente, che ne determina la decisione d'agire ponendo in essere, come mezzo, l'atto o fatto-base tipizzato dal legislatore. Questo offende il bene giuridico protetto, proprio in quanto sia mosso o, meglio, diretto a realizzare detto interesse "di parte" contrapposto al bene giuridico o, comunque, disapprovato dall'ordinamento. Quindi la *tipizzazione* del fine puntualizza il substrato *oggettivo* del "tipo" di rapporto conflittuale, che costituisce il reato, non riducendosi – per questa ragione sostanziale – ad elemento *interiore* della psicologia del singolo agente. Le sue particolari rappresentazioni e motivazioni soggettive saranno rilevanti solo in quanto riflettano e perseguano quell'interesse *oggettivamente* conflittuale con quello protetto. Irrilevante resta invece un proposito meramente fantasioso ed irrealizzabile, slegato da un nesso teleologico con la condotta o fatto-base oggettivamente apprezzabile, frutto ad esempio di una rappresentazione erronea del suo oggetto o del contesto su cui si dovrebbe radicare: si tratterebbe di un elemento soggettivamente "putativo" e non "oggettivizzabile", che escluderebbe quindi la stessa tipicità (oggettiva) del "fatto di reato", prima ancora del corrispondente dolo.

Alla stregua di tali acquisizioni, assume maggior chiarezza e pregnanza l'articolata descrizione normativa contenuta nell'art. 270 sexies c.p., mutuata dalle fonti sovranazionali⁹, che si deve applicare a tutti i reati in questione, a partire dall'associazione terroristica (art. 270 bis c.p.). Ma altrettanto vale per la talora complessa ed altrettanto minuziosamente descritta finalità tipica delle associazioni delittuose, come quella di tipo mafioso (ex art. 416 bis c.p.).

Alla stregua dell'art. 270 sexies c.p. sono da considerate "condotte con finalità di terrorismo" quelle che, innanzitutto, "per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale": dunque hanno già un *potenziale di pericolosità* che può derivare, peraltro, anche dall'interazione con altre condotte o condizioni, non direttamente imputabili all'agente ("*contesto*").

Inoltre devono essere strumentali allo "scopo" per cui sono compiute, rispetto a cui è esplicito il *nesso teleologico* che le deve avvincere ad uno dei fini di seguito tipizzati dalla norma, chiaramente non riducibili ad una dimensione meramente psicologica o soggettiva.

Occorre infatti che l'atto o fatto-base sia il *mezzo* per "intimidire la popolazione" ovvero per "costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere od astenersi dal compiere un qualsiasi atto" od, infine, per *destabilizzare* o *distuggere* le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale".

Già dalla lettura della norma è chiaro che le finalità descritte diventano elementi *essenziali* delle fattispecie legali, come ha già avuto modo di precisare la giurisprudenza della Cassazione, pur senza esaurirne il contenuto, in quanto *contribuiscono* in termini imprescindibili a tipizzare il complessivo "fatto di reato", ben prima che a plasmare il corrispondente dolo, che ovviamente richiede, come imprescindibile *oggetto* della volontà consapevole di realizzarlo, la rappresentazione del fine e della strumentalità ad esso della condotta o fatto-base materialmente "compiuti".

Più in dettaglio, può precisarsi che, per il tenore stesso dei verbi utilizzati per descrivere detti "scopi", gli effetti o risultati che devono essere perseguiti dall'agente non possono con-

⁹ Cfr. S. CRISPINO, *Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell'interpretazione conforme. I giudici tra indeterminatezza delle fattispecie e fonti sovranazionali*, in questa Rivista.

siderarsi “eventi” causalmente prodotti dalle condotte che di volta in volta vengano in rilievo (secondo lo schema del delitto di evento tagliato), pur se connotate dal requisito di pericolosità che, come detto, può derivare anche dal “contesto” in cui sono compiute, comprese le azioni di terzi.

Al contrario, gli effetti perseguiti (che soddisfino l’interesse “causale” che deve muovere l’agente) potranno di norma essere realizzati soltanto con l’*ulteriore* attivarsi volontario proprio ovvero (anche) di terzi, secondo lo schema del delitto a due (o più) atti incompiuto. Il che allontana viepiù il formale momento consumativo, che coincide già con il compimento dell’atto o fatto-base, da quello della realizzazione del fine, cui tipicamente tende l’agente e che delinea il contenuto finale dell’offesa (c.d. consumazione sostanziale), rendendo improponibile l’applicazione del criterio dell’“idoneità causale” a produrlo o, più precisamente, a cagionarlo, spesso invocato da dottrina e giurisprudenza per aggiungere un requisito di consistenza oggettiva alla fattispecie, desumendolo impropriamente dalla ben diversa struttura del tentativo e dei delitti di attentato (v. *supra*).

Questo rilievo dogmatico non significa che si debba rinunciare alla dimensione, come detto oggettiva, che comunque il “fatto” *tipico* nel suo complesso riceve dal menzionato requisito finalistico, che *concorre* - quale elemento essenziale, anche se non certo sufficiente - alla descrizione della fattispecie legale. Si tratta di un contenuto oggettivo che ha radice nella ricordata funzione „causale“ che assume l’interesse dell’agente, cui il fine rimanda¹⁰, e che perciò concorre a definire il *tipo* di conflitto oggettivo di interessi, e dunque i tratti specifici dell’*offesa* al bene giuridico, in cui il reato (oggettivamente) consiste, tenendo presente il fondamentale insegnamento, che risale a Carrara, secondo cui non è tanto perseguito dal legislatore l’impedimento della soddisfazione dell’interesse (“di parte”) dell’agente, che si realizzerebbe compiutamente con il raggiungimento del fine, ma l’oggettiva violazione del diritto - in termini moderni: l’offesa del bene giuridico e, cioè, del confliggente interesse protetto dall’ordinamento - che si realizza (o *consuma*) già con il compimento degli atti esterni diretti a quel fine, tipizzati come strumentali dal legislatore stesso¹¹.

La *ratio* dell’anticipazione del momento consumativo al compimento di detti atti strumentali è ovviamente di prevenire una più grave od irrimediabile violazione od offesa di beni giuridici essenziali, da cui può dipendere la stessa esistenza o comunque sicurezza della società e delle sue strutture fondamentali, oltre che la vita, l’incolumità e la libertà dei consociati.

Il problema, insomma, non è l’anticipazione in sé della rilevanza penale di atti anche lontani dalla realizzazione materiale delle finalità terroristiche e dei “megaeventi” o, meglio, risultati od atti ulteriori che le soddisferebbero, rispondendo tale anticipazione ad una razionale ed insopprimibile esigenza di tutela di beni fondamentali, riconosciuta fin dai tempi del troppo spesso invocato (a sproposito) “buon diritto penale classico”: quanto quello della concreta e precisa formulazione del *nesso mezzo-fine*, attraverso cui la predetta anticipazione del momento consumativo si concreta nelle diverse fattispecie. Nesso che deve consentire di individuare con chiarezza il *conflitto* innescato dagli atti, o fatti-base, oggettivamente tipizzati, con gli interessi protetti, senza dare spazio alla dimensione meramente soggettiva delle intenzioni interiori, aspirazioni e finanche false rappresentazioni od “illusioni” dell’agente.

Muovendo da questa base dogmatica, si può porre un doveroso argine all’eccesso di soggettivizzazione, cui una siffatta tecnica normativa può condurre, e che comporta un evidente indebolimento delle garanzie fondamentali del diritto penale, rappresentate soprattutto dai principi di rango costituzionale di determinatezza, materialità ed offensività del reato.

6. L’autonoma punibilità degli atti di “preparazione” e di “partecipazione”.

Per approfondire dunque l’analisi delle singole fattispecie dei reati di terrorismo appare opportuno distinguere fra atti di “preparazione” in senso stretto e atti di “partecipazione” ad

¹⁰ Da richiamare è al riguardo il rinvio al concetto civilistico di “causa” operato per inquadrare la funzione del dolo specifico da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 135 s.

¹¹ Paradigmatico è l’esempio del sequestro di persona a scopo estorsione (art. 630 c.p.), in cui la norma anticipa ampiamente la consumazione rispetto alla soddisfazione dell’interesse “di parte” dell’agente. Su riferimenti all’insegnamento di Carrara cfr. la corposa relazione di L. BRIZI, *L’illecito penale costruito ex latere subjecti: la “finalità di terrorismo” alla prova del diritto penale del fatto*, in questa Rivista.

attività di terzi o con terzi, elevati a delitti autonomamente punibili.

6.1. Sotto il primo profilo, i **delitti preparatori** anche di recente introdotti non vanno intesi come mera „anticipazione cronologica” rispetto al momento di produzione dell’evento finale offensivo, ma come **“fatti” autonomamente incriminati e tipizzati**, anche tramite la finalità terroristica, pur se privi di potenzialità „causale” alla produzione del “megaevento” finale. Essenziale è il chiaro rapporto di strumentalità, rispetto ad un *concreto* disegno terroristico più ampio, cui la condotta o fatto-base si deve connettere strettamente in termini teleologici oggettivamente apprezzabili, configurando un evidente conflitto con gli interessi protetti. Conflitto che si esprime considerando il “contesto” innanzitutto di relazioni con altri compartecipi nel disegno, e poi anche con terzi compresi avversari o potenziali bersagli, nel cui ambito la condotta è compiuta.

Mentre è da criticare una lettura delle tecniche di formulazione normativa in questione, quale mera specificazione di variegate forme di “concorso esterno” all’associazione terroristica, che sarebbero già rilevanti grazie all’elastica formula dell’art. 110 c.p.: orientamento che risulta seguito dalle Procure, nelle fasi iniziali delle indagini¹², ma che da un lato esprime un’ approssimazione nella configurazione “provvisoria” dell’ipotesi accusatoria, lasciata aperta per potervi sussumere non ancora ben delineati contributi del singolo agente, che sarebbero peraltro poi da sottoporre all’accertamento della loro rilevanza causale per l’associazione stessa; dall’altro porta a confondere il rapporto del partecipe con l’associazione che persegue la finalità terroristica, con quello che invece deve essere il *diretto* nesso di strumentalità dell’atto rispetto al fine perseguito dal singolo agente.

Basti esemplificativamente rilevare come l’aggettivo “internazionale” che connota la finalità di specifici delitti preparatori di terrorismo (in particolare l’arruolamento e l’addestramento, ex artt. 270 quater e 270 quinquies c.p.), comporti la proiezione degli atti stessi “contro uno Stato estero”, che non può essere sostituita o rappresentata dal carattere internazionale della finalità di terrorismo caratterizzante invece l’associazione di cui all’art. 270 bis c.p., in cui in ipotesi l’agente verrebbe così a concorrere.

In definitiva, i delitti preparatori in questione delineano specifici “tipi di rapporto” che si caratterizzano per l’oggettivo conflitto d’interessi rispetto a quelli protetti, nonostante la distanza più o meno rilevante dalla loro compiuta offesa.

Il menzionato art. 270 quater c.p., che punisce l’*arruolamento* con finalità di terrorismo anche internazionale¹³, tipizza un rapporto specifico fra l’arruolatore e l’arruolato, che si connota per il *condiviso* interesse al “compimento di atti di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali”, sorretti dalla *comune* finalità di terrorismo anche internazionale, espressiva della conflittualità oggettiva con gli interessi protetti, facenti capo allo Stato od alle organizzazioni internazionali bersaglio degli atti per cui avviene l’arruolamento.

Altrettanto vale per il delitto di *addestramento* punito dall’art. 270 quinquies c.p.¹⁴, che richiama un concreto rapporto fra addestratore ed addestrato, che condividono consapevolmente le medesime finalità (interessi “di parte”) all’aggressione dello Stato o delle organizzazioni internazionali che ne sono bersaglio. Mentre l’“autoaddestramento”, oggi punito a seguito della specifica previsione aggiunta dall’art. 1, comma 3, lett. a), decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, richiede per la punizione della persona che abbia “acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti” di violenza o sabotaggio di cui sopra, l’*ulteriore* requisito che essa stessa ponga altresì “in essere *comportamenti* univocamente *finalizzati* alla commissione delle condotte di cui all’articolo 270-sexies” (corsivi agg.). Dunque occorre che estrinsechi in *ulteriori* specifiche condotte-mezzo il perseguimento della finalità terroristica, con un attivarsi concreto diretto a realizzare l’interesse causale che la muove al conflitto con lo Stato o l’organizzazione internazionale, bersaglio dell’attacco in preparazione. Si badi: non sono così richiesti i requisiti del tentativo, vale a dire – accanto all’*univocità* della direzione al fine predetto, pur menzionata dalla norma – anche l’*idoneità* oggettiva a causare almeno uno dei risultati che sono oggetto dello scopo terroristico, che dipendono ovviamente anche da altri fattori o condotte, che ne integrino il “contesto”. Ma è chiaro che non basta, neppure in tale ipotesi estrema di anticipazione della rilevanza penale, la mera intenzionalità interiore dell’agente, dovendo sempre la

¹² In termini di questo tenore ha riferito Alberto Perduca, nell’introduzione ai lavori della sezione da lui coordinata.

¹³ Al riguardo si veda A. PRESOTTO, *Le modifiche agli artt. 270-quater e quinquies del codice penale per il contrasto al terrorismo. Un esame degli spazi applicativi delle nuove fattispecie introdotte dal D.L. 7/2015*, in questa Rivista.

¹⁴ Cfr. A. PRESOTTO, *Le modifiche*, cit.

sua azione esprimersi nella dimensione oggettiva *esterna* di un chiaro rapporto conflittuale con gli interessi protetti, instaurato tramite detti comportamenti ulteriori univocamente finalizzati (quali ad es. il furto o procacciamento di un automezzo da usare per l'attacco, o la costruzione di una bottiglia incendiaria, ecc.).

Un analogo approccio ermeneutico è da estendere alle altre fattispecie, in cui gli atti o fatti-base, strumentali al fine terroristico, *di per sé* considerati integrano attività lecite o comunque neutre¹⁵, assurgendo a delitto solo in forza del nesso teleologico che le deve avvincere ad esso.

Mi riferisco *in primis* all'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo, di cui all'art. 270 quater.1, la cui condotta base è "organizza[re], finanzia[re] o propaganda[re] viaggi in territorio estero": condotta che innesca il conflitto con gli interessi protetti in quanto *questi* atti (non la mera intenzione interiore alla psiche dell'agente), per concreti elementi e tratti oggettivi, siano "finalizzati" - invece che al turismo od a visite di parenti od amici - "al *compiimento* delle condotte con finalità di terrorismo" di cui si è detto. Di conseguenza, il "fatto di reato" così complessivamente tipizzato si configura come preparatorio di più gravi delitti di terrorismo.

Ma anche nella fattispecie di "Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo" di cui all'art. 270 quinquies.1 c.p. (introdotto più di recente dall'art. 4, comma 1, lett. a, legge 28 luglio 2016, n. 153)¹⁶ le condotte di chi "raccolge, eroga o mette a disposizione beni o denaro, in qualunque modo realizzati" assumono il loro tratto di illiceità dalla *destinazione* (non dalla mera intenzione psichica interiore dell'agente) "a essere in tutto o in parte utilizzati per il compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies", anche se poi non rileva ("indipendentemente da") "l'effettivo utilizzo". Anche in tal caso, deve emergere l'oggettiva valenza causale dell'interesse che muove l'agente, portandolo a destinare i fondi agli scopi tipizzati, e così distinguendo nettamente il fatto costitutivo del reato in esame dal riciclaggio od impiego di beni o denaro di provenienza illecita in attività economiche o finanziarie (ex artt. 648 bis e 648 ter c.p.)¹⁷.

6.2. Gli atti di **partecipazione** elevati ad autonomi delitti si distinguono da quelli esaminati, perché non rappresentano una mera "anticipazione" (se vogliamo: verticale) della rilevanza penale di condotte caratterizzate da finalità di terrorismo, che possono essere singolarmente definite, ma ricevono piuttosto la loro connotazione penale dal rapporto (se vogliamo: orizzontale) con altre condotte, cui tipicamente si affiancano o che convergono verso il medesimo scopo.

Il paradigma è ovviamente quello della partecipazione all'associazione terroristica, di cui all'art. 270 bis c.p., che richiede un legame diretto, non privo di difficoltà probatorie, con un sodalizio che si può anche dislocare altrove, al di là degli stessi confini territoriali, ma che è necessario dimostrare sussista, perché si possa ravvisare l'inserimento stabile nell'organizzazione, con riconoscimento da parte dell'associazione stessa e l'assunzione "permanente" o significativa di un ruolo nella sua struttura (non circoscritto alla commissione di un singolo reato), non bastando certo la condivisione ideale del programma criminoso. Come si è già detto, lo scopo (terroristico) dell'associazione non corrisponde infatti al fine individuale, seppur condiviso, dei suoi promotori, dirigenti, partecipi, ma ha una dimensione oggettiva, che plasma la struttura stessa del sodalizio, definendone l'interesse causale che lo costituisce e lo muove, venendo condiviso dai suoi membri, che per questo instaurano fra loro rapporti strumentali alla sua realizzazione, in conflitto con gli interessi protetti.

Accanto a tali rapporti *fra* gli associati, che sono costitutivi del delitto associativo, possono rilevare penalmente anche rapporti con terzi, che supportano il sodalizio pur senza farne parte: come - al di là dell'ipotesi del concorso esterno, da cui, come appena detto, vanno tenuti distinti i delitti preparatori specificamente tipizzati e testé analizzati - emerge nel delitto di cui all'art. 270 ter c.p., che punisce l'assistenza agli associati, di per sé consistente in condotte lecite o neutrali, quali dar "rifugio" o fornire "vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione". In tal caso il legislatore non menziona neppure la finalità di terrorismo, che

¹⁵ Cfr. G. MARINO, *Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione*, in questa Rivista.

¹⁶ Cfr. V. ARAGONA, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo. Criticità e innovazioni della nuova disciplina italiana*, in questa Rivista.

¹⁷ Questa distinzione non significa che non vi siano forti punti di intersezione, come noto, fra la disciplina contro il finanziamento del terrorismo e quella indirizzata contro l'utilizzo del sistema bancario ed economico per la circolazione di ricchezza illecita. Sulle „ misure patrimoniali antiterrorismo„ si veda il contributo di C. BATTAGLINI, *Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello Stato di diritto*, in questa Rivista.

non occorre sia perseguita o condivisa personalmente da chi presta l'assistenza, bastando che egli abbia la consapevolezza della finalità dell'associazione stessa, quale presupposto della sua volontà di prestare assistenza ai suoi membri.

Se dunque, da un lato, nel reato associativo vi è una strutturale indeterminatezza dei reati scopo oggetto del programma criminoso, dall'altro il delitto si qualifica per l'oggettività dei rapporti tra gli associati, che si deve ravvisare anche nel rapporto con chi presta ad essi assistenza. Certamente non è una materialità fisica che connoti tale dimensione oggettiva del delitto associativo, ma nondimeno, nella *strumentalità* alla finalità terroristica collettivamente perseguita, non si può non vedere una valenza di concreta e perdurante potenzialità offensiva per gli interessi protetti, cui anche chi presta assistenza contribuisce.

Dunque non vi è spazio per una "spiritualizzazione" soggettivistica del reato associativo, né di quello accessorio, non bastando certo la mera adesione interiore al programma per integrare la condotta di partecipazione o assistenza.

7.

Sull'istigazione a commettere delitti di terrorismo.

Un cenno particolare merita infine, sotto il profilo delle norme di diritto penale sostanziale, la riformulazione dell'ultimo comma dell'art. 414 c.p. (ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. b), n. 2, del citato decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43), rispetto al testo introdotto dall'art. 15, comma 1 bis, del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155.

Si tratta di una (ennesima) circostanza aggravante speciale, che comporta l'aumento della pena nella misura fissa "della metà" (rispetto a quella base stabilita dal comma 1, n. 1, in anni da 1 a 5 anni di reclusione), se "l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità". Ad essa è stata aggiunta l'ulteriore previsione di un aumento "fino a due terzi" se il fatto sia "commesso attraverso strumenti informatici o telematici". Parimenti, nel comma 3 viene introdotta una nuova circostanza aggravante, che comporta però l'usuale aumento "fino a un terzo" (ex art. 64 c.p.) delle pene previste per l'istigazione e l'apologia comuni, "se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici".

Come è stato opportunamente rilevato, non solo si tratta di un nuovo delitto di opinione¹⁸ che viene ora ulteriormente aggravato, ma anche di una pericolosa tendenza a ricorrere a questo tipo di incriminazioni, che comprimono il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero ed alla libertà di espressione, di cui agli artt. 21 Cost., 10 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, 11 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È una preoccupante tendenza, che si è già manifestata con l'introduzione di altre nuove ipotesi di istigazione ed apologia, come quelle riferite a pratiche di pedofilia e di pedopornografia, di cui all'art. 414 bis c.p. introdotto dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172 di attuazione della Convenzione di Lanzarote. Convenzione che in realtà non chiedeva affatto la previsione di un siffatto nuovo reato, potendo essere sufficiente la punizione dell'istigazione quale forma di partecipazione, nei limiti comuni segnati dall'art. 115 c.p., ovvero nell'ambito dell'art. 414 c.p., se commessa „pubblicamente“. La stessa domanda si pone dunque ora, dopo che con la legge 24 febbraio 2006, n. 85 era stato abrogato l'art. 272 c.p., che puniva la "propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale" insieme ad altri reati di opinione, ampiamente presenti nel codice Rocco e considerati espressione di un diritto penale illiberale, incompatibile con la Costituzione ed i principi di uno Stato democratico. Ed in effetti, la limitazione del richiamato diritto fondamentale può essere considerata legittima solo in quanto sia "misura necessaria" per salvaguardare beni essenziali in una società democratica (art. 10, par. 2 CEDU). Per cui non può che condividersi l'esigenza che operi il principio, da tempo enunciato dalla Corte costituzionale, secondo cui occorre, per la punibilità, che il reato sia commesso con modalità tali da determinare un pericolo concreto di commissione dei reati oggetto dell'istigazione o dell'apologia¹⁹.

Ancor più perplessi lasciano le nuove circostanze aggravanti, introdotte nel 2015, che fanno riferimento all'utilizzo di "strumenti informatici o telematici". Infatti da tempo dottrina e

¹⁸ Così V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e libertà di espressione*; nonché E. Mazzanti, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in questa Rivista.

¹⁹ C. Cost., 4 luglio 1970, n. 65.

giurisprudenza riconoscono che Internet e, più in generale, la rete è ormai da considerare un „mezzo di pubblicità“ ai fini dell’aggravante del delitto di diffamazione di cui all’art. 595, comma 3, c.p. Se dunque il ricorso al web integra già il requisito essenziale espresso dall’avverbio “pubblicamente” ed, in via di vincolante interpretazione conforme ai principi costituzionali, il fatto deve integrare un contenuto di pericolosità in concreto, che il giudice deve accertare di volta in volta, l’ulteriore aggravante non può certo prescindere da dette condizioni e stabilire invece una presunzione di pericolosità per l’utilizzo dei menzionati “strumenti” trasformando la fattispecie in un reato di pericolo astratto. Dunque l’aggravamento di pena, addirittura oltre il limite comune di un terzo nei casi in esame, non si giustifica da un punto di vista sistematico e sembra esprimere soltanto un atteggiamento di timore per le nuove tecnologie, che si affianca paradossalmente a quello per la moschea od i luoghi di culto in cui si ritiene (apoditticamente) avvengano in prevalenza commessi tali delitti. Ma come ho recentemente sottolineato, la “paura”, se non riluttanza così espressa nei confronti della tecnologia informatica e telematica, vista come minaccia globale cui viene data una risposta peraltro non congrua, non consente di distinguere fra singoli modi e strumenti, eventualmente limitabili, ed interventi invece utilizzabili positivamente, proprio per contrastare il terrorismo, ad esempio raccogliendo, incrociando ed analizzando prove nel *Cyberspace*. Questo è dunque il punto: se c’è un’approssimativa considerazione del dato tecnico, se c’è la sottovalutazione del contenuto specifico delle attività da contrastare o dei dati da ricercare nello spazio cibernetico, e degli strumenti più efficaci da utilizzare, è chiaro il rischio d’interventi indiscriminati, che non riescono a discernere fra diversi livelli e modi dell’azione preventiva o repressiva, violando lo stesso principio di proporzione²⁰.

8.

Cenni all’impatto sul diritto processuale penale.

Gli aspetti di diritto processuale sono stati ampiamente approfonditi e scandagliati sotto più angoli di visuale. Ma vista la mia scarsa competenza in materia, mi limito ad alcuni brevi cenni, rinviando alle ricche relazioni raccolte.

Un primo punto ha riguardato le indagini, in cui sono emerse le pressanti esigenze di *coordinamento*²¹, con relative nuove disposizioni, che investono sia aspetti organizzativi, che modalità e limiti della *circolazione di notizie ed informazioni*: tema rispetto al quale specifica attenzione è stata dedicata ai “limiti politici” riferibili al segreto Stato²².

In secondo luogo, è stato trattato il tema della prova, ed in particolare delle „nuove“ prove, la cui ricerca e raccolta persegue anche finalità dichiaratamente *preventive*, come nel caso delle intercettazioni, specie informatiche²³. Emerge dunque il doppio aspetto delle nuove *tecnologie* cui si è appena fatto cenno: se da un lato danno occasione o facilitano la commissione e diffusione di reati, dall’altro offrono anche nuovi strumenti di contrasto, rispetto a cui va però ribadita l’esigenza di puntualizzarne le regole di disciplina, salvaguardando i principi di garanzia processuale relativamente alle modalità e condizioni della raccolta, nonché validità ed utilizzabilità in sede processuale. Al riguardo si segnalo la relazione sul c.d. captatore informatico²⁴, che richiede un pieno rispetto del principio di legalità, con espressa previsione dei presupposti e limiti del suo utilizzo, non venendo in rilievo solo la tutela del domicilio, quale bene inviolabile (ex art. 15 Cost.), ma anche quello nuovo della “riservatezza informatica”²⁵, sul cui riconoscimento quale diritto fondamentale della persona si sono espresse sia la Corte di Giustizia dell’Unione europea, in specie con l’importante sentenza della Grande sezione

²⁰ Sul punto volendo cfr. L. PICOTTI, *Quale diritto penale nella dimensione globale del cyberspace?*, in R. WENIN, G. FURNASARI (cur.), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali* (Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015), Napoli 2017, p. 310 s., 320.

²¹ G. SCHENA, *La “debole” concentrazione distrettuale delle indagini in materia di terrorismo. Il coordinamento investigativo tra passato e presente nell’esperienza italiana*, in questa Rivista.

²² M. MALERBA, *La resistibile ascesa del segreto di stato: tra salus rei publicae, «nero sipario» e strisciante impunità*, in questa Rivista.

²³ B. AGOSTINI, *L’utilizzo dei mezzi di ricerca della prova per finalità di prevenzione generale nel sistema antiterrorismo. La disciplina delle intercettazioni preventive*, in questa Rivista.

²⁴ C. PELOSO, *La tutela della riservatezza nell’era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo. L’utilizzo dei virus trojans nelle operazioni di intercettazioni tra presenti, a seguito della sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (n. 26889/2016), riaccende il dibattito circa la necessità di un intervento del legislatore*, in questa Rivista.

²⁵ In argomento sia consentito rinviare, anche per essenziali indicazioni bibliografiche, a L. PICOTTI, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 2.

che ha annullato la c.d. Direttiva Frattini, ribadendo fra l'altro la necessità di pieno rispetto del principio di proporzionalità; sia il *Bundesverfassungsgericht* nelle fondamentali sentenze (di annullamento della disciplina interna tedesca) del 2008 sulla c.d. perquisizione on line e del 2010 sul *data retention*²⁶.

Infine sottolineo gli approfondimenti sul tema della *cooperazione internazionale*, specie tra autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione (ma non solo)²⁷, che richiede un nuovo livello di efficacia e prontezza, da assicurare con strumenti diretti, realizzando nella prassi l'idea guida dello *spazio comune europeo*, in particolare sotto il profilo della "libera circolazione delle prove", visto che per i terroristi c'è già la libertà di circolazione²⁸.

Aggiungo, in piena adesione a tale esigenza, che per giungere ad un livello di cooperazione adeguato alle nuove sfide, occorre assicurare anche un corrispondente livello di armonizzazione del diritto penale sostanziale fra gli Stati membri: per cui sarebbe auspicabile muovere verso quel modello „unitario“, per lo meno nei settori sensibili come quello del terrorismo, che consentirebbe la base giuridica offerta dal Trattato di Lisbona per la costituzione della Procura europea (art. 86 TFUE)²⁹, ma rispetto a cui non sembra ancora maturata una corrispondente consapevolezza sul piano politico³⁰.

9. Valutazioni conclusive: necessità di adeguamento del sistema penale alle nuove sfide e garanzie fondamentali da salvaguardare.

Venendo a brevi notazioni conclusive, si può osservare che i “nuovi paradigmi” del diritto penale, certamente emersi nella recente legislazione di contrasto al terrorismo, non sono di per sé radicalmente incompatibili con i principi generali del sistema. In particolare, che il „fatto tipico“ costitutivo del reato *ecceda* l'atto materiale che ne segna la consumazione formale, in forza di elementi ‘finalistici’ previsti dalla fattispecie legale, che rimandano all'interesse ‘causale’ che deve *tipicamente* determinare l'agente nella realizzazione della sua condotta strumentale (o fatto-base), è fenomeno da tempo riconosciuto ed analizzato negli ordinamenti giuridici. Tale fenomeno non comporta *di per sé* che il “fatto di reato” complessivamente considerato non sia concretamente offensivo degli interessi protetti, da apprezzare in una prospettiva corrispondentemente *eccedente* la materialità del singolo atto o fatto-base, nonché danno concretamente arrecato o producibile, in forza della condotta strumentalmente compiuta per perseguire il fine tipico, solo alla stregua del quale, per il nesso teleologico che li avvince, può stabilirsi l'effettiva dimensione dell'offesa. Questa infatti include anche quel “danno mediato” (o “male di second'ordine” nella terminologia di Bentham), che già Carrara ravvisava – pur sempre quale componente *oggettiva* del delitto – nel danno che *va oltre* quanto arrecato alla singola vittima dalla “forza fisica” (c.d. “danno immediato”), perché si espande sull'intera società e, proprio derivando dall'intenzionalità di chi lo commette, fa sorgere il pericolo della sua ripetizione e l'allarme di tutti i consociati.

Dunque, i paradigmi nuovi si possono ricondurre e rileggere alla luce delle esigenze classiche del diritto penale, nella consapevolezza del necessario rispetto di invalicabili limiti di proporzionalità e determinatezza da parte delle previsioni legali, pur sbilanciate sul versante finalistico della fattispecie incriminatrice.

Ma è importante mantenersi in quest'alveo del diritto penale - e del diritto processuale penale - proprio per poter individuare ed affermare le garanzie sostanziali e processuali da salvaguardare, anche di fronte all'estrema emergenza del terrorismo jihadista, capace di sfuggire a schemi di comprensione, previsione e, dunque, contrasto, “intelligibili” applicando i

²⁶ Cfr. R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 695 s.; Id. *La Corte di Giustizia considera la Direttiva europea 2006/24 sulla c.d. data retention contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?* in questa Rivista, 2014, p. 178 s.

²⁷ Al riguardo cfr. B. GORNATI, *Limiti all'estradizione per reati di terrorismo davanti agli obblighi di tutela dei diritti umani*, in questa Rivista.

²⁸ Cfr. V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle Corti europee*, in questa Rivista.

²⁹ Cfr. volendo L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (cur.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano 2013, 66 s.

³⁰ Sulle difficoltà che sta incontrando l'approvazione sia della proposta di Regolamento per l'istituzione dell'EPPO (European Public Prosecutor Office), sia della proposta di Direttiva per l'armonizzazione dei reati a protezione degli interessi finanziari europei, si rinvia a A. VENEGONI, *Il difficile cammino della Proposta di Direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva P.I.F.): il problema della base legale*, in *Cass. Pen.*, 2015, doc. 328, 2442 s.c.

tradizionali paradigmi.

Né sarebbe una risposta condivisibile quella di “sospendere” i diritti, non bastando affermare che se si è fuori dal diritto e dal processo penale, si possono abbandonare le relative garanzie. Anche un intervento meramente preventivo, di misure *ante* o *praeter-delictum*, o qualificate come amministrative, basate sull’acquisizione di elementi di sospetto o mezzi di prova quali intercettazioni preventive, colloqui investigativi, misure proattive non utilizzabili nel processo penale, non soddisferebbe le esigenze dello Stato di diritto. Infatti sarebbe pur sempre un diritto sanzionatorio, che non può prescindere, ma solo modulare diversamente le garanzie fondamentali di legalità, proporzione, controllo giudiziario, equo procedimento.

Essenziale è in ogni caso la garanzia giurisdizionale del controllo delle stesse scelte legislative, da parte delle Corti competenti ad assicurare, ai diversi livelli in cui si esprimono, il rispetto dei principi costituzionali e dei limiti convenzionali e sovranazionali, a salvaguardia dei diritti fondamentali della persona.

Insomma, la tutela dello Stato di diritto non può che restare affidata al „diritto“, di cui vanno rafforzati gli strumenti di tutela e garanzia, non certo aggirati e, di conseguenza, indeboliti, con scivolose scorciatoie emergenziali.

Termino quindi ritornando all’AIDP, che a seguito dei lavori preparatori e di quelli finali svoltisi nel XVIII Congresso Internazionale tenuto ad Istanbul dal 20 al 27 settembre 2009 (in un ben diverso clima politico rispetto all’attuale) ha approvato un’importante risoluzione sul tema specifico della “*Espansione delle forme di preparazione e partecipazione al reato*”, di cui abbiamo ampiamente discusso anche nel successivo Congresso nazionale del nostro Gruppo, svoltosi a Roma l’11 dicembre 2009. Ebbene, in estrema sintesi non si nega, nella risoluzione, che possa essere necessario - di fronte a forme di criminalità molto gravi, come il terrorismo, che minacciano beni fondamentali quali la vita, l’incolumità e la libertà delle persone, in casi di chiaro ed attuale pericolo - prevedere l’incriminazione autonoma di atti preparatori, in deroga ai limiti di punibilità del tentativo, e di forme di partecipazione, elevate a delitto punibile anche al di fuori di un rapporto di accessorialità rispetto al reato principale, ed a prescindere quindi dall’effettiva commissione o punibilità di questo, oltre che di specifici delitti di associazione criminale: ma rispettando condizioni rigorose, quali, in particolare, che la legge definisca in modo preciso gli atti preparatori o di “partecipazione” incriminati, evitando il ricorso a clausole generali (del tipo: “ogni altro atto di preparazione”, o “ogni altro atto di cooperazione, facilitazione, agevolazione”) e, soprattutto, l’incriminazione di mere intenzioni di commettere un reato; che gli atti puniti siano strettamente legati, sulla base dell’esperienza, alla commissione del reato principale; che l’autore agisca con dolo diretto riferibile alla commissione di un concreto e specifico reato principale; che la pena sia inferiore a quella del reato principale ed, in ogni caso, proporzionata altresì alla pena del suo tentativo, venendo nei casi opportuni assorbita in quella del reato principale ovvero ridotta, in relazione ad essa, quando quest’ultimo sia commesso dalla medesima persona.

Sono indicazioni preziose, che dimostrano come si possa riconoscere la necessità di adeguamento del sistema penale alle nuove sfide, salvaguardando nel contempo le garanzie fondamentali che lo connotano in un ordinamento improntato alla *Rule of Law*.

Il nostro compito di studiosi e di giuristi è in definitiva di evitare che la vittima del terrorismo sia lo Stato di diritto.



www.penalecontemporaneo.it