

IL «FATTO» E IL «FENOMENO» NEL PROCESSO PENALE: COME RIMANERE GARANTISTI
DINANZI ALLA TENTAZIONE GIUSTIZIALISTA POSTA DAL TERRORISMO
INTERNAZIONALE

Francesca Marino*

Sintesi della tesi di laurea in Diritto processuale penale comparato, discussa presso il
Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno, il giorno
23/09/2020.

Relatore: Prof. Gaspare Dalia.

Presentazione del lavoro:

Il contributo sottolinea egregiamente come il passaggio dal «fatto» di reato al «fenomeno» criminale trovi il suo presupposto teorico nell'elaborazione del «diritto penale del nemico», categoria dommatica che determina (sul piano politico, legislativo – sostanziale e processuale – e giurisprudenziale) un'inevitabile compressione dei diritti fondamentali e di quei principi costituzionali che ne costituiscono il baluardo, anche in relazione a quei fenomeni che, in un determinato periodo storico, potrebbero assurgere al rango di “emergenze” tali da poter giustificare il ricorso al doppio binario repressive e, dunque, di difesa sociale.

Il contributo si caratterizza altresì per la notevole capacità argomentativa dimostrata dalla Dott.ssa Marino, nonché da un apparato bibliografico e giurisprudenziale esaustivo e multidisciplinare, in grado di supportare un discorso originale e pienamente condivisibile, soprattutto per le conclusioni raggiunte.

Prof. Gaspare Dalia (Relatore)

Le tematiche affrontate nell'elaborato sono tutte riconducibili ad un tema fondamentale e delicato del diritto penale: il rapporto tra autorità e libertà. Alla luce di questo aspetto, ciò che maggiormente si apprezza del lavoro in esame, oltre ai pur interessanti richiami a profili teorici e sociologici di approfondimento, è l'aver dimostrato come il contrasto ad ogni «fenomeno» criminale crei una tensione tra esigenze di difesa sociale ed esigenze di garanzia; tensione che, nel contrasto al terrorismo internazionale, diventa addirittura unica.

Ancora, pregnante risulta essere il riferimento - in un'ottica trasversale che collega filosofia, sociologia e diritto - al parallelismo tra due autori cruciali nell'affrontare il tema del terrorismo internazionale: Jakobs e Baudrillard.

Si apprezza, altresì, l'originalità delle conclusioni rassegnate, che rendono il lavoro meritevole di condivisione.

Prof. Antonio Tucci

SOMMARIO: 1.- Accertamento del «fatto», ricerca della verità e processo penale del «fenomeno»; 2.- Il «fatto» che diventa «fenomeno»: la prospettiva teorica; 3.- La risposta degli ordinamenti ai «fenomeni» criminali: legislazione penale d'emergenza e anticipazione della soglia di punibilità; 3.1- Risposta dell'ordinamento interno; 3.2- Risposta dell'ordinamento francese; 3.3- Risposta dell'ordinamento UE; 4.- Considerazioni conclusive.

1.- Accertamento del «fatto», ricerca della verità e processo penale del «fenomeno».

In un contesto ormai progressivamente pervaso dalla c.d. “ossessione securitaria”¹, si fa sempre più stringente l'esigenza di dimostrare, in maniera critica, come il passaggio da un processo penale che abbia ad oggetto un «fatto» ad un processo penale che abbia, invece, ad oggetto un «fenomeno» criminale comporti rilevanti compressioni sul piano dei diritti fondamentali, anche nella loro estrinsecazione in termini di garanzie processuali. Questa conseguenza, a sua volta, scaturisce dalla risposta politica, legislativa e giurisprudenziale degli ordinamenti ai medesimi fenomeni criminali.

La dimostrazione di tale preoccupante *iter* viene data, nel corso del presente lavoro, analizzando le reazioni, sostanziali e processuali, sorte per far fronte ad uno dei fenomeni criminali per eccellenza, vale a dire il terrorismo internazionale, preso ad emblema del «fatto» che si fa «fenomeno».

Nel perseguire il suddetto obiettivo, appare indispensabile chiarire le differenze tra i due concetti ed osservare come tale passaggio determini una mutazione, per così dire, “genetica” del processo penale, a seconda che abbia ad oggetto l'uno o l'altro.

Dunque, prendendo le mosse da quelli che sono i confini della nozione, alquanto sfumata, di «fatto» all'interno del procedimento penale, occorre, innanzitutto, precisare che si è al cospetto di un concetto indispensabile non solo per comprendere quale sia l'oggetto del procedimento medesimo, ma anche per distinguere da esso quello che invece è il suo scopo². In effetti, il procedimento penale, una volta avviato per accertare se un determinato «fatto» abbia i caratteri dell'illecito penale, si converte da procedimento per le indagini preliminari a processo, per assicurare a chi venga raggiunto da

*Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno. Praticante avvocato. Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso il Tribunale di Salerno, sezione Gip/Gup.

¹ L'espressione è di R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Sistema Penal & Violència*, vol.3, n.1/2011, p.14 e ss.

² A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, 2018, p.24 ss.

un'imputazione che l'accertamento si svolga nel pieno rispetto delle garanzie offerte dalla Costituzione; tutela, questa, che rappresenta l'essenza stessa della giurisdizione.

Alla luce di tale ragionamento si può, pertanto, concludere che oggetto del procedimento penale³ è il fatto-reato, mentre il processo assolve ad una funzione di garanzia.

Premesso e chiarito ciò, è necessario concentrare l'attenzione sul concetto di «fatto» e su come esso variamente si manifesti nel corso del procedimento penale, partendo dalla notizia di reato, passando dall'imputazione e giungendo, infine, alla sentenza.

Porre luce su come l'accertamento del fatto costituisca base essenziale ed imprescindibile dell'intero rapporto processuale, così come si presenta nel nostro attuale sistema tendenzialmente accusatorio, significa, inoltre, svincolare il processo da possibili derive inquisitorie e dalle inevitabili distorsioni del suo scopo, che non è la mera punizione del colpevole o la riaffermazione dell'ordine giuridico violato⁴, bensì una funzione di tutela che si attua e prende le mosse proprio dalla ricostruzione del fatto medesimo.

Basti pensare che, nel passaggio da un sistema tendenzialmente inquisitorio ad un modello tendenzialmente accusatorio – avvenuto con l'ormai storica riforma del 1988 –, si è data centralità proprio all'«accertamento del fatto», costante di un procedimento penale che voglia dirsi conforme a quelle che sono le caratteristiche dell'accusatorietà, a discapito della c.d. «ricerca della verità»⁵, cui è teso, invece, un processo penale di matrice prettamente inquisitoria: per dirla in altri termini, il processo penale, così come attualmente configurato nel nostro sistema, non deve essere aprioristicamente utilizzato come mezzo per la repressione di determinati fenomeni criminali ovvero come strumento di difesa sociale, ma deve mantenere sempre intatta la sua primaria funzione di garanzia, di meccanismo governato dal diritto, strutturato a partire da un «fatto» che si realizza nella realtà fenomenica e che, per la sua equa ricostruzione giudiziale, necessita di rimanere svincolato dalla percezione sociale e culturale che del medesimo si abbia.

Oltretutto, l'individuazione di un fatto e la sua enunciazione in forma chiara e precisa sono presupposti ineliminabili per l'effettivo riconoscimento ed esercizio del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio nella formazione della prova dinanzi al giudice del dibattimento. Per «fatto» sarebbe, quindi, opportuno intendere, ai fini dell'analisi in corso, il comportamento, la condotta, la manifestazione esteriore di determinazione dell'intelletto, la modificazione che nella realtà fenomenologica si apprezza per effetto dell'iniziativa di chi realizza, appunto, il fatto. Tuttavia, il «fatto» che costituisce oggetto del procedimento penale non va inteso come l'avvenimento storico, ormai esauritosi nella realtà, ma come il fatto che viene ricostruito a distanza di tempo dalla sua realizzazione ed è proprio questa ricostruzione che caratterizza la funzione del giudice come una funzione duplice sia perché riproduce, nelle forme del procedimento, un fatto che non esiste più, sia perché a tale ricostruzione è chiamato un soggetto che non è stato presente nel tempo e nel luogo in cui il fatto si è verificato⁶.

³ Per «procedimento» si intende l'intera estensione del procedimento penale, comprensiva sia dell'attività di indagine compiuta dal magistrato del pubblico ministero sia della fase del processo.

⁴ È questa l'ottica del procedimento penale come strumento di difesa sociale.

⁵ Tale espressione si rinviene, specificamente, nell'art. 299 del codice di procedura penale del 1930, inteso come una sorta di principio di sistema, negato e, almeno formalmente, superato dall'attuale modello processuale. Non è un caso, peraltro, che la «ricerca della verità» costituisca, ancora, base essenziale del processo penale francese, che rappresenta attualmente, in Europa, il modello, che più degli altri, ha mantenuto intatte alcune caratteristiche pregnanti dell'inquisitorietà. Sul tema della «ricerca della verità», come obiettivo di fondo di un sistema inquisitorio, si veda, fra gli altri, L. GARLATI, «*Contro il sentimentalismo*». *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012.

⁶ G. DALIA, *Il «fatto» nel procedimento penale*, Salerno, Sezione di Diritto Processuale Penale, Quaderni n.6, 2005, p.7 e ss.

In questo consiste il contrassegno più significativo⁷ del «mistero» del processo⁸ che è «un far ricomparire presente quello che è passato, un far ritornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza, un far ripresentare vivi sentimenti che sono spenti e insieme, più singolare ancora, far ritornare integra una situazione che è scomposta»⁹.

Pertanto, la riproduzione del «fatto» può essere fonte di profonde discrasie tra quanto realmente accaduto e quanto viene ricostruito.

Si noti che, nell'accezione comune, il termine «fatto» indica un accadimento che si apprezza nella realtà fenomenica. Se tale accadimento si realizza per opera dell'uomo, esso è un «fatto» umano; se, viceversa, non è ascrivibile ad una condotta umana, e si realizza a prescindere da essa, si tratta di un «fatto» naturale. Sul punto occorre osservare che principio fondamentale del nostro sistema penale è quello della personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, comma 1°, Cost., inteso non soltanto nel significato di «divieto di responsabilità per fatto altrui», ma anche nel senso, molto più ricco di implicazioni, di «responsabilità per fatto proprio colpevole»¹⁰. Asserendo che la responsabilità penale è «personale», il legislatore costituzionale ha espresso il principio per cui l'applicazione della pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto di reato alla «volontà antidoverosa del soggetto»¹¹.

Da ciò si avverte la stretta correlazione che sussiste tra il termine «fatto» e il termine «reato»: non si può parlare di reato se non c'è un fatto umano. Tuttavia, bisogna prestare attenzione alla circostanza che questa correlazione non costituisce una stretta reciprocità tra i due concetti, cosa che, altrimenti, comporterebbe un giudizio di superfluità dell'accertamento penale.

Inoltre, per comprendere l'ingresso del «fatto» nel procedimento penale, occorre considerare che quest'ultimo ha inizio con l'avvio dell'attività di indagine - come fase propedeutica alla formulazione di un'accusa e, quindi, all'instaurazione del processo -, la quale, a sua volta, prende le mosse dalla notizia di reato¹². Si noti, però, che il magistrato del pubblico ministero non recepisce in maniera passiva tutte le informazioni che gli pervengono per il tramite delle diverse modalità di acquisizione della notizia di reato, ma opera una selezione. Da ciò deriva che il «fatto» che forma oggetto dell'attività investigativa non è il «fatto» come rappresentato, bensì il «fatto» così come ritenuto dal magistrato del pubblico ministero.

Pertanto, la fase delle indagini preliminari non è finalizzata alla ricostruzione di un «fatto», ma all'accertamento di più «fatti» - quelli risultanti dall'attività della polizia giudiziaria, quelli valutati dal magistrato del pubblico ministero, quelli ottenuti dall'indagato - dai quali può delinarsi, eventualmente, il «fatto» penalmente rilevante, che provoca l'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, all'esito delle indagini preliminari non è ancora possibile attribuire, con assoluta attendibilità, rilevanza penale al «fatto»: questa è operazione che caratterizza il momento dell'esercizio dell'azione penale, con tutte le garanzie del caso, che prende forma nell'imputazione.

⁷ A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 28 e ss.

⁸ L'espressione è di S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994.

⁹ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p.57 e ss.

¹⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Torino, Zanichelli editore, 2014, p.326 e ss.

¹¹ In dottrina, v. sempre G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, Torino, UTET, 1974, cit., p.51 e ss.; A. ALESSANDRI, *Commento all'art.27, comma 1°, Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna, 1989; G. RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.

¹² Si v. A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p.479 e ss., per i quali la notizia di reato è l'informazione, scritta o orale, di un fatto, nel quale possono ravvisarsi gli elementi costitutivi di un reato, almeno da un punto di vista oggettivo, destinata all'autorità giudiziaria, anche per il tramite di un'autorità che ad essa abbia l'obbligo di riferire.

L'imputazione, che consiste nell'attribuzione di un «fatto» ad un determinato soggetto, è il presupposto della contestazione dell'accusa, riempita degli elementi che sostengono la tesi dell'organo inquirente. Per cui, tra il termine «fatto» e il termine «reato», si inserisce quello di «accusa», la quale presuppone la qualificazione giuridica del fatto e si sostanzia nell'imputazione di un determinato addebito ad un soggetto.

Dunque, se il procedimento per le indagini preliminari serve per concretizzare un'imputazione, l'accusa, contenuta nell'imputazione, forma, invece, oggetto del processo. Ne deriva che ciò di cui si deve occupare il giudice non è il fatto in senso naturalistico, bensì l'accusa, consistente nella sussunzione del fatto nel modello legale di incriminazione.

Il passaggio dal «fatto» all'«accusa» costituisce tappa necessaria per giungere dal «fatto» al reato, in un percorso concettuale in cui possano trovare terreno fertile le garanzie processuali. Peraltro, il codice di rito individua un diverso regime per i casi di diversità del fatto e di erroneità nella qualificazione giuridica. Se il fatto così come individuato nell'imputazione, costituente l'ipotesi del magistrato del pubblico ministero, non coincide con quello ricostruito dal giudice, a seguito della valutazione delle prove, questi non pronuncerà nel merito dell'accusa, ma trasmetterà con un'ordinanza inoppugnabile gli atti al magistrato del pubblico ministero, il quale, a sua volta, dovrà strettamente attenersi alla configurazione del fatto definita dall'organo giudicante. Soluzione, questa, che pare dettata dal principio di correlazione tra accusa e sentenza che non consente al giudice di pronunciarsi su temi che esulino dall'imputazione. Quando, invece, il fatto ipotetico e il fatto accertato coincidono, ma diversa è la qualificazione giuridica ritenuta corretta dal giudice, egli dovrà direttamente pronunciare la sentenza coerentemente al proprio convincimento, senza imporre una nuova formulazione dell'accusa.

Dunque, per quanto riguarda il fatto, si può dire che l'accusa vincola sentenza; per quanto riguarda il diritto, invece, l'accusa non vincola la sentenza¹³. Ed è proprio la garanzia della correlazione tra «fatto» contestato e «fatto» enunciato in sentenza che trova espressione nella previsione di meccanismi volti ad evitare che l'imputato sia chiamato a rispondere di un «fatto» e che il giudice lo ritenga responsabile di un altro «fatto», senza che gli sia consentito apprestare un'adeguata difesa.

Appare evidente, quindi, che, dovendo ipotizzare che il magistrato del pubblico ministero, presa conoscenza della notizia di reato, debba formulare un preliminare giudizio di comportamento del soggetto cui ricondurre la commissione del «fatto», sia opportuno attribuire a quest'ultimo una sorta di metodo scientifico, consistente nella scoperta del «fatto» medesimo e nella formulazione dell'ipotesi. Diversamente, il giudice, una volta adito, dovrà applicare un metodo diverso e maggiormente completo, tendente alla ricerca, attraverso l'istruzione probatoria, per giungere alla decisione e, successivamente, alla giustificazione di quanto stabilito¹⁴.

Inoltre, giova ribadire che, per comprendere la portata di garanzia dell'accertamento giudiziale del «fatto», occorre tener sempre presente che esso si pone come presupposto logico del diritto di difesa e del diritto alla prova che il soggetto deve poter esercitare nell'ambito del procedimento penale. Ciò è parso ancor di più evidente ove si consideri, come già sottolineato, che il c.p.p. del 1930 – il quale

¹³ A. CAPONE, *Iura novit curia, Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM, 2010, p. 59.

¹⁴ G. DALIA, *Il «fatto» nel procedimento penale*, cit., p.22.

delineava un sistema misto¹⁵ – aveva un'impostazione tesa all'accertamento della verità¹⁶, mentre il codice del 1988 ha inteso strutturare il procedimento penale proprio come accertamento del fatto, valorizzandone, in questo modo, la portata garantista¹⁷.

Infatti, nel sistema precedente, era l'organo inquirente ad accertare i fatti e ad avvalersi della prova come argomento di dimostrazione dell'esattezza dell'assunto ricavato dalle indagini; in questo sistema, dunque, il difensore dell'imputato aveva una funzione meramente critica, in quanto, escluso dalla ricostruzione del fatto, doveva attendere l'intervento del giudice nella fase dibattimentale per poter contrastare le acquisizioni probatorie unilaterali dell'accusa.

Con la riforma del 1988, invece, si introdusse un sistema ispirato, innanzitutto, al principio di terzietà del giudice. Terzietà che poteva effettivamente realizzarsi soltanto con la distinzione tra procedimento per le indagini preliminari e processo, incidendo direttamente sulla nozione di «fatto». Invero, con riferimento a quest'ultimo si coglie, ancora una volta, una differenza pregnante: le indagini, attualmente, sono finalizzate all'individuazione del fatto che, contestato sotto le vesti dell'imputazione, rappresenta la base di partenza per il contraddittorio dibattimentale; nel sistema previgente, invece, ciò che veniva rappresentato dall'accusa al giudice non era il fatto per l'imputazione, bensì il fatto per la condanna, posto che esso, dal punto di vista dall'accusa, risultava già provato.

Tale meccanismo non solo limitava fortemente l'azione della difesa, ma anche quella del giudice la cui funzione poteva essere in alcuni casi meramente passiva. In questo modo, egli dunque era apparentemente terzo, data la presenza di accusa e difesa, ma sostanzialmente secondo, rispetto al magistrato del pubblico ministero, come mero verificatore di una prova assunta da un altro.

Appare evidente, allora, che la valorizzazione della terzietà del giudice, di cui si fece portavoce il nuovo codice di procedura penale, rappresentò, oltre che una delle garanzie più importanti dell'apparato di tutele del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., il principale corollario della portata garantista dell'accertamento del «fatto».

¹⁵ Il modello misto rappresenta un vero e proprio compromesso, volto a valorizzare i caratteri dell'accusatorietà solo nella fase dibattimentale, successiva, di regola, ad una fase istruttoria di impronta marcatamente inquisitoria. Il codice Rocco aderiva a questo modello, valorizzando il dibattimento come fase tipicamente accusatoria, ma era il sistema nel suo complesso ad essere molto distante dall'accusatorietà nella misura in cui l'attività probatoria si esauriva nella fase anteriore e nel giudizio oralità e contraddittorio non erano funzionali alla prova, in quanto questa era ormai già formata. Sul punto si veda G. D. PISAPIA, voce *Codice di procedura penale (riforma del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 3, il quale osserva che, anche se ciò non era stato nelle intenzioni del legislatore del 1930, sotto la vigenza del codice Rocco il giudizio si riduceva, il più delle volte, ad una mera ripetizione delle prove già acquisite e raccolte in istruttoria, che non possono non incidere sul convincimento del giudice; questi, infatti, arrivava al giudizio con un'opinione inevitabilmente già influenzata dalla lettura del fascicolo processuale, e, quindi, non in condizioni di effettiva neutralità; con l'ulteriore conseguenza che le prove nuove portate al dibattimento dalla difesa venivano spesso guardate con diffidenza, come se la prova raccolta in istruttoria fosse da considerare più attendibile.

¹⁶ Si v. ancora G. DALIA, *Il «fatto» nel procedimento penale*, cit., p. 11.

¹⁷ Inoltre, il legislatore del nuovo processo penale ha inteso richiamare, fin dalla prima disposizione, anche la pregnante correlazione tra giurisdizione e processo, allo scopo di evitare il riproporsi di istanze di impronta sostanzialistica, volte a finalizzare il processo a scopi di attuazione della pretesa statale e tipiche del metodo inquisitorio. Sul punto si veda A.A. DALIA, *La garanzia della giurisdizione penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura penale dell'Università degli studi di Salerno*, vol.1, 1998, secondo il quale per metodo inquisitorio si intende il meccanismo con il quale non si tende ad accertare un fatto o un suo elemento, perché esso è, per definizione, episodio riprovevole, il suo disvalore è colto prima ancora che si avvii il processo e quest'ultimo è solamente occasione formale di riscontro di una verità presunta. Esso costituisce l'insieme di regole che governano l'inquisizione di un soggetto. Viceversa, per metodo accusatorio si intende il metodo attraverso il quale si accerta un fatto incerto e si raggiunge una verità giudiziale, esso è ricostruzione di un fatto che si è esaurito nella sua realtà e che deve essere ricomposto nelle componenti storiche allo scopo di verificare se possa ravvisarsi in esso la violazione di un precetto. Esso costituisce l'insieme di principi e di regole che governano la formulazione di un'accusa a carico di un soggetto.

In effetti, senza la sostanziale terzietà del giudice – intesa come separazione tra indagini e giudizio e come ricostruzione da parte di un soggetto che non si limiti a verificare un «fatto» già accertato e provato dall'accusa, ma si ponga come «terzo» dinanzi alla parti in condizione di parità – non potrebbe esservi un accertamento che si formi, a partire dall'ipotesi di accusa contenuta nell'imputazione, dinanzi al giudice del dibattimento, con tutte le garanzie che questa fase comporta, nel dialettico confronto tra le parti e con un effettivo e concreto esercizio del diritto di difesa e del diritto alla prova.

Ebbene, la terzietà del giudice propria del metodo accusatorio, concetto ricco di significati e fonte di altri conseguenti principi, appare strettamente correlata all'accertamento del «fatto», inteso come garanzia di un processo che possa dirsi «giusto».

Sotto il profilo che in questa sede rileva¹⁸, dunque, funzionale alla comprensione della problematica del «processo penale del fenomeno», era doveroso partire dalla disamina sul concetto di «fatto», sia in senso meramente naturalistico – ovvero come accadimento che si realizza nella realtà materiale – sia in senso giuridico – il c.d. fatto-reato, connotato da un elemento oggettivo (condotta), legato da un nesso di causalità ad un evento, e da un elemento soggettivo (doloso, colposo o preterintenzionale)¹⁹.

Anche perché gli elementi di contrasto tra i concetti di «fatto» e di «fenomeno» sono apparentemente ben più sfumati di quanto si potrebbe pensare: del resto, il «fenomeno» è proprio il modo in cui un'esperienza fattuale si manifesta esteriormente. Spesso, però, accade che alcune fattispecie di reato vengano percepite dalla collettività come più ampi fenomeni criminali, sia per il loro inserirsi, in alcuni casi, nella categoria dei reati associativi – i quali hanno, in alcuni ordinamenti, una portata storico culturale profondamente radicata nel tempo e nella società – sia per il loro essere avvertiti, da parte dei più e in determinati contesti storici, sociali e politici, come emergenziali ed urgenti, anche a causa della rappresentazione *mass-mediatica* che degli stessi viene offerta e delle correnti politiche

¹⁸ Sul piano strettamente sostanziale, si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Torino, Zanichelli editore, 2014, p. 190 e ss., secondo i quali «pietra angolare del reato è un fatto umano corrispondente alla fattispecie obiettiva di una figura criminosa: il giudizio di corrispondenza tra il fatto e lo schema legale di una specifica figura di reato si traduce nel concetto di tipicità». Ancora, secondo gli AUTORI, il concetto di fatto tipico o fattispecie o tipo delittuoso, nell'ambito della teoria generale del reato, andrebbe inteso in un'accezione comprendente «il complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato»; pertanto, il «fatto», in qualità di oggetto del giudizio di tipicità, verrebbe a racchiudere in sé soltanto quegli elementi distintivi, in presenza dei quali può dirsi adempiuto un determinato modello delittuoso piuttosto che un altro.

¹⁹ È risaputa l'esistenza dell'annoso contrasto, in dottrina, circa la classificazione dell'antigiuridicità del fatto alla stregua di ulteriore elemento della fattispecie oppure di qualificazione globale dello stesso. Si tratta dell'antitesi tra concezione tripartita, secondo cui il reato è definibile come un fatto umano tipico, antigiuridico e colpevole, e tesi bipartita, che scompone il reato soltanto in un elemento oggettivo e in un elemento soggettivo, senza considerare l'antigiuridicità come elemento costitutivo autonomo dell'illecito penale. A sostegno della tesi tripartita si v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 190 e ss.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 e ss.; G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 529 e ss.

Tuttavia, ai fini dell'indagine in corso, si segnalano le considerazioni di A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 480, secondo cui, posto che il precetto penale si struttura come modello legale di incriminazione, dovrebbe potersi parlare di «fatto-reato» solo con riferimento ad un comportamento che integri il reato sotto il profilo oggettivo, come avvenimento che lede o espone a pericolo il bene giuridicamente protetto, e sotto il profilo soggettivo, come partecipazione psichica del soggetto al fatto dannoso o pericoloso che si è verificato. Ciò nondimeno, gli Autori sottolineano ancora che la nozione penalistica di reato, intesa in questi termini, in ogni caso non può essere sovrapposta, senza adattamenti, a quella di notizia di reato; infatti, se si ritenesse necessaria una «notizia» avente ad oggetto il «reato» nella completezza dei suoi elementi costitutivi, si correrebbe il pericolo di limitare troppo la nozione di notizia di reato. Pertanto, oggetto dell'informativa «non deve essere necessariamente la notizia del reato, potendo bastare anche una notizia di reato» e il fatto oggetto della notizia di reato deve essere specifico, ma «non deve necessariamente essere qualificato nei suoi esatti termini giuridici» - compito, questo, che poi spetterà al magistrato del pubblico ministero.

ed ideologiche, le quali finiscono inevitabilmente per condizionare la percezione circa il senso di pericolo e, dunque, la minaccia della sicurezza sociale.

E, quando ciò accade, si corre il rischio che il processo penale passi da meccanismo deputato all'accertamento di un «fatto» a strumento di repressione aprioristico di determinati «fenomeni» criminali, con un'invisibile, ma inevitabile e pericolosa, piega inquisitoria, comportante, a sua volta, un'inammissibile compressione dei diritti fondamentali dell'individuo-uomo: quando ci si trova di fronte ad un «fatto» nudo e crudo, slegato da una particolare visione che dello stesso si abbia a livello politico e sociale, il processo si svolge secondo il suo *iter* ordinario e senza particolari condizionamenti esterni; quando, invece, il procedimento viene ad instaurarsi in relazione ad un «fatto», considerato come facente parte di un più ampio «fenomeno» criminale, che gode di un ormai consolidato giudizio di riprovevolezza da parte della collettività, non solo l'*iter* procedimentale subirà delle variazioni dall'assetto ordinario, previste e volute dalla legge, ma anche lo stesso giudice, pungolato dal giudizio di valore che la percezione di tale fatto porta con sé, finirà per esserne inevitabilmente influenzato.

Chiaramente, dunque, quando l'oggetto del processo non è più il «fatto», bensì il «fenomeno», ci si allontana sempre di più da quel paradigma di «giusto processo», descritto, così come delineato dalla riforma del 1999, dalla nostra Costituzione. Se ciò, in qualche modo, può apparire “funzionale” alla lotta contro determinate tipologie criminose fortemente radicate e ormai intangibili da ogni forma di deterrente – se non da quelle particolarmente invasive –, questo non sempre è vero per altre tipologie di «fenomeni», la cui repressione indiscriminata rischia di comportare non solo la lesione delle garanzie minime, ma anche forme di controllo considerevolmente incisive su determinate frange della società.

In ogni caso, la lotta al crimine, pur essendo obiettivo da perseguire, non può mai considerarsi valore assoluto e prevalente, in un vero e proprio bilanciamento di interessi, rispetto alla tutela dei diritti umani, anche nella loro forma di garanzie processuali.

Per dare concretezza a quanto finora asserito, si è, dunque, accolta una concezione di «fenomeno»²⁰ - pur tenendo presente il ricco *background* filosofico che il tema in questione richiede di esaminare²¹ - sulla base della quale tale termine, nel linguaggio comune, viene utilizzato per indicare qualsiasi fatto che si proponga come oggetto di particolare considerazione. Quindi, sul piano giuridico, e

²⁰ G. DELLA VOLPE, voce *Fenomeno*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, Istituto di enciclopedia italiana, 1932, <http://www.treccani.it/enciclopedia/fenomeno_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.

²¹ Senza pretese di trattare esaustivamente un'analisi filosofica di tal fatta, si è, tuttavia, reso necessario un breve excursus che ha reso possibile giungere alla concezione, in conclusione, accolta da chi scrive. Il termine «fenomeno», innanzitutto, deriva dal greco φαινόμενον, participio sostantivato di φαίνομαι, inteso come “ciò che appare”. Aristotele era solito chiamare φαινόμενον ciò che cade sotto i sensi, volendo opporlo, così come faceva Platone, a ciò che è stabile, essenziale, immune dal flusso delle cose sensibili, cioè all'essere ideale e vero, alla verità (τὰ ὄντα, τὰ ἀληθῆ). Tale antitesi filosofica fra ciò che è in apparenza e ciò che è realmente, risale, peraltro, a Parmenide. Successivamente, il termine ha assunto un significato più lato, esprimendo ciò che si presenta alla coscienza, ciò che è percepito, sia esternamente sia internamente; e con esso si designano gli accadimenti che sono oggetto delle scienze in genere. Inoltre, il concetto di «fenomeno» assunse significato centrale nello scetticismo, per il quale esso indica la rappresentazione soggettiva di un oggetto, variabile da individuo a individuo, il puro e semplice essere affetti dalle cose attraverso i sensi, che definisce l'orizzonte di ciò che possiamo conoscere. Molto sinteticamente, e con le premesse di cui sopra, si osserva che per Kant esso significa ciò che è oggetto di esperienza possibile, ossia ciò che è percepito nello spazio e nel tempo, forme a priori della sensibilità, e determinato dalle categorie o concetti a priori dell'intelletto. Il «fenomeno», così inteso, viene contrapposto sia al materiale sensibile grezzo, sia, ciò che più importa, alla realtà in sé stessa, alla cosa in sé, inattingibile con le forme e le categorie. Infine, è da notare che ferve tra i filosofi la discussione sull'opportunità di distinguere nettamente il «fenomeno» dal «fatto», intendendo alcuni il «fenomeno» come il puro dato sensibile anteriore ad ogni elaborazione intellettuale del soggetto, ed il «fatto», invece, come il fenomeno elaborato ed obiettivato dalla mente; mentre altri sono propensi ad intendere il fenomeno come un dato della coscienza già razionalizzato, adottando così il linguaggio kantiano. Si v. I. KANT, *Critica della ragion pura*, passim.

precipuamente processuale, se per oggetto di particolare considerazione si intende oggetto di una valutazione a priori, appare evidente come su tale «fenomeno» si vada a formare una sorta di preconetto o, per meglio dire, di pregiudizio.

Ciò comporta un'ulteriore conseguenza sul piano penalistico e può determinare una violazione, in termini concettuali – che poi si attua, nella prassi, attraverso svariati *escamotages* –, di un principio fondamentale del nostro ordinamento: la presunzione di non colpevolezza. Essa, infatti, consiste nel riconoscimento che la Costituzione assicura a chi venga sottoposto a procedimento penale in base al quale «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» (art. 27, comma 2, Cost.). Si tratta di un principio che opera, allo stesso tempo, sia come «principio guida per la metodologia dell'accertamento penale», sia come «principio cardine per le libertà dell'imputato»²². In altri termini, la presunzione di non colpevolezza opera come «regola di giudizio», ma anche come «regola di trattamento» dell'imputato²³.

In effetti, rinviare ogni giudizio al provvedimento definitivo di condanna significa divieto di giudizi preventivi di responsabilità, ovvero quegli stessi giudizi preventivi che caratterizzano così intrinsecamente determinati «fenomeni» criminali, per il tramite della *percezione* degli stessi.

Pertanto, l'origine del concetto di «fenomeno» appare, in ambito penalistico, fortemente influenzata proprio dalla *percezione* che si abbia di un determinato «fatto» di reato, a sua volta appositamente determinata dalla c.d. *realtà mediata*²⁴, vale a dire una realtà non corrispondente a quella effettuale, creata dai *media* grazie al loro particolare *potere di agenda*²⁵, cioè la capacità di ordinare e organizzare mentalmente il mondo degli spettatori.

²² A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., in cui vi è un richiamo all'espressione di M. PISANI.

²³ Sul tema della presunzione di non colpevolezza si veda, ancora, A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 252. Oltretutto, l'importanza di tale principio è confermata dalla circostanza che esso sia previsto anche dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, le quali si riferiscono al principio nei termini di presunzione di innocenza, piuttosto che di presunzione di non colpevolezza. Secondo gli Autori, in realtà, la diversità di espressione non incide sui contenuti di garanzia: presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza non prospettano esigenze distinte, in quanto entrambe prevedono che il giudizio di colpevolezza segua e non possa mai precedere l'accertamento della colpevolezza stessa e, dunque, che l'accusato non possa essere attinto da pregiudizi, cioè giudicato in via presuntiva.

²⁴ Sulla tematica della c.d. realtà mediata si veda, più approfonditamente, F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Critica del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, vol. I-III, p.129 e ss., il quale, sulla scorta di studi e di indagini di varia natura, lucidamente osserva che, atteso che in un contesto sociale stabile e consolidato nelle sue strutture essenziali è impensabile considerare la criminalità tra le realtà sociali più vicine all'area direttamente esperienziale alla maggior parte dei singoli consociati, ne discende che la rappresentazione mediatica di singoli episodi di criminalità riguarderà, in effetti, contesti molto distanti dai riceventi, venendosi così a realizzare, nella sua massima efficacia, il *potere di agenda* dei *media*, il cui contributo è rilevante proprio nella costruzione della «realtà mediata». Ciò, ad esempio, attraverso la scelta di privilegiare notizie di fatti penalmente rilevanti, selezionati anche, e soprattutto, indipendentemente dai parametri di minima o di irrilevante dannosità sociale che, tuttavia, spesso, ormai, appaiono condivisi dallo stesso legislatore, richiamando, sul punto, anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale (1995)*, Napoli, 1997, p.8 e ss., 37 e ss., 65 e ss., 99 e ss., passim. Sempre secondo SCHIAFFO, l'interesse del pubblico per episodi di criminalità predatoria, violenta o, comunque, da contatto, può essere spiegata anche facendo ricorso a modelli di derivazione psicoanalitica; in particolare, l'A. sostiene che, attingendo ai classici della letteratura criminologica, questo interesse può essere interpretato, per esempio, anche come un percorso per alimentare manifestazioni di «delinquenza fantasmatica» che F. ALEXANDER e H. STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico. Un'analisi psicologica (1929)*, Milano, 1978, p. 64 e ss., 68, 73, elaborarono, nel 1929, come un meccanismo individuale di dislocazione dell'istinto antisociale in ambiti di pura fantasia.

²⁵ Sul *potere di agenda* si veda M.E. MCCOMBS, D.L. SHAW, *The agenda setting function of the press*, in AA. VV., *The emergence of American political issues: the agenda-setting of the press*, a cura di D. SHAW e M. McCombus, St. Paul-New York-Boston-Los Angeles-San Francisco, 1977, p.1 e ss., 5; H. KANIA, *La rappresentazione televisiva del crimine e la costruzione delle realtà soggettive*, in AA. VV., *La televisione del crimine*, a cura di G. FORTI e M. BERTOLINO, Milano, 2005, p.359 e ss.

Tale percezione del crimine, manovrata da questa realtà mediata, appare dunque funzionale a quelle che sono le esigenze della classe politica²⁶, la quale, a sua volta, si serve della paura generata per ottenere consensi in virtù di una millantata, quanto illusoria, promessa di sicurezza.

Ed è proprio da questo meccanismo contorto, quanto pericoloso, che prende vita la legislazione penale simbolica, cui si affianca il passaggio del processo penale da strumento di garanzia a strumento di difesa sociale per la repressione di determinati fenomeni criminali, in un'ottica in cui la lotta al crimine diventa valore assoluto e prevalente rispetto ad ogni altro, compreso il rispetto delle garanzie individuali.

Evidente è il ruolo fondamentale ricoperto dalla paura, ovvero una costante nella gestione autoritaria del potere²⁷, la quale rischia di influenzare il riconoscimento effettivo di diritti e libertà fondamentali.

2.- Il «fatto» che diventa «fenomeno»: la prospettiva teorica

La costruzione di una determinata realtà o, per meglio dire, la «costruzione della paura» con riferimento alla criminalità è, a sua volta, frutto di una serie di concezioni teorico-filosofiche, tutte riconducibili ad un tema fondamentale e delicato del diritto penale: il rapporto tra autorità e libertà.

Dunque, in un contesto in cui la lotta alla criminalità diventa spettacolo mediatico, la vita appare stretta nella morsa di un'alternativa violenta tra la minaccia di subire un'aggressione e l'esigenza di difendersi, anzi, di prevenire l'attacco. L'estraneo, dunque, diventa il sospetto, lo straniero, il nemico, l'immigrato, il criminale. La *percezione* di un «fatto» è, quindi, strettamente legata a questa paura, abilmente costruita, che si configura come un oscuro timore dell'altro in cui, in realtà, confluiscono preoccupazioni ed ansie provenienti da ben altre fonti. Si può opportunamente parlare di una sorta di *cultura della paura*, oculatamente instillata²⁸. Ci si chiede, pertanto, cosa sia questa paura a cui le democrazie occidentali sembrano sottomesse: essa non è un'emozione spontanea, bensì la suggestione diffusa di un pericolo onnipresente, l'abitudine alla minaccia, il senso di un'insicurezza estrema fino al terrore²⁹.

La paura, peraltro, così come costruita, suscita il bisogno di sicurezza, soprattutto in un mondo sempre più aperto, dove aumenta il timore dell'ignoto. Tuttavia, si può dire che oggi il terrore – inteso anche nell'accezione positiva data da Hobbes nel suo *Leviatano* – sia diventato un'atmosfera; perciò, non ha più bisogno di governare. Esso lascia che, nella sua apparente assenza, ciascuno sia consegnato alla paura che colpisce il singolo. Difatti, la parola chiave del lessico politico è diventata «sicurezza». In questa cornice si inserisce il c.d. *Security State*, che è il modello di una politica ridotta ad amministrazione, esercizio di *governance*, che promette di proteggere e difendere i cittadini, trovando così la propria legittimità: le ragioni della sicurezza hanno soltanto preso il posto della «ragion di Stato».

Controllo, sorveglianza, repressione, intese nel senso più ampio, anche deterritorializzato ed informatico, vengono a caratterizzare, dunque, quello che è stato definito come Stato di sicurezza³⁰.

²⁶ Si cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p.8 e ss., 37 e ss., 65 e ss., 99 e ss., passim., che già evidenziava come nella legislazione penale degli ultimi anni appaiano sempre più vistosi i limiti di offensività.

²⁷ Chiaramente, l'uso politico della paura non pare essere una novità. In particolare, fu N. MACHIAVELLI, *Il principe* a fare della paura una categoria politica, individuandone un nesso significativo con il potere: il Principe, infatti, ha bisogno di intimorire per mantenere la sovranità, ma deve evitare che la paura degeneri in odio.

²⁸ D. DI CESARE, *Dallo Stato sociale allo Stato penale*, in *Jacobin Italia*, 2020, n.6, p. 13 e ss.

²⁹ Sul punto, cfr. J. BAUDRILLARD, *Pornografia del terrorismo*, in VANNI CODELUPPI (a cura di), *Comunicazione e società*, Milano, Franco Angeli, 2017, sul concetto di «ostaggio».

³⁰ La lucida analisi è di D. DI CESARE, *Dallo Stato sociale allo Stato penale*, in *Jacobin Italia*, 2020, n.6, p. 14.

I fatti di terrorismo internazionale di matrice fondamentalista-religiosa, legati alla cosiddetta *Jihād* e realizzati in Occidente a partire dall'11 settembre 2001, hanno sicuramente esasperato la “questione sicurezza”, riproponendo in termini drammatici la difficoltà di una definizione del rapporto dialettico tra diritti fondamentali e poteri pubblici nella cornice di quello che è lo Stato costituzionale di diritto, democratico e pluralista. È chiaro che, a fronte dei c.d. “*no-escape attacks*”³¹, cioè attacchi terroristici che addirittura contemplano anche il “sacrificio” della vita dell'autore del fatto micidiale, risulti necessaria una rinnovata “strategia della prevenzione”. Tuttavia, laddove questa non sia adeguatamente intesa e ponderata, rischia di rendere ancora più stridente ed evidente la contrapposizione tra i principi propri dello Stato costituzionale di diritto (o *Rechtsstaat*) e le dinamiche dello Stato di prevenzione (o *Präventions-Staat* o, come detto sopra, *Security State*), archetipi che, almeno in astratto, sono caratterizzati da presupposti e canoni che tendono a porsi su un parallelismo inconciliabile³².

Orbene, individuato nella paura, e nella richiesta di sicurezza che ne deriva, l'elemento cruciale di questo passaggio dal «fatto» al «fenomeno», naturale - e quasi automatico - è il rimando alla concezione *jakobsiana*³³ del diritto penale del nemico, elaborazione concettuale, purtroppo, fortemente attuale, fonte di ispirazione di azioni politiche e di gran parte della legislazione contemporanea contro quello che può essere definito il «fenomeno» criminale per eccellenza, vale a dire il terrorismo internazionale, scelto come paradigma della tesi sostenuta in questa sede.

Con l'espressione *Feindstrafrecht*, si intende riferirsi alla c.d. “terza velocità”, caratterizzante alcuni settori dei sistemi penali europei e nordamericani e consistente nella prevalenza del paradigma del reato di pericolo indiretto e di quello di pericolo presunto, così determinando l'autonoma incriminazione di condotte astrattamente inidonee a raggiungere la soglia di *generelle Gefährlichkeit*³⁴.

Questa teoria, considerando gerarchicamente superiore la tutela dello Stato rispetto a quella dell'individuo, pone l'attenzione sul rapporto tra anticipazione della tutela penale e garanzia dei diritti umani, posto che la conseguenza principale di tale rapporto, nello sbilanciamento della prima rispetto alla seconda, consisterebbe nella sensibile attenuazione delle garanzie sanzionatorie e dell'accertamento processuale e nell'instaurarsi di una condizione di instabilità³⁵ con riguardo alle fattispecie incriminatrici.

³¹ N. BELLANCA, *Elementi di un'analisi del terrorismo contemporaneo*, in www.juragentium.org, 2005, pag. 1.

³² V. BALDINI, *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e Stato costituzionale di diritto*, in dirittifondamentali.it, vol. V, fasc. 1/2016, pagg. 1 e 2: come osserva l'A., richiamando anche il pensiero di U.BECK, *Das Schweing del Wörter*, Frankfurt am Main, 2002, pag. 27 e ss., la «strategia di prevenzione è la sola potenzialmente in grado di scongiurare ulteriori azioni di violenza del terrorismo internazionale».

³³ L'elaborazione teorica del diritto penale del nemico, il c.d. *Feindstrafrecht*, che il filosofo e giurista tedesco Günther Jakobs ha contrapposto al c.d. «*Bürgerstrafrecht*» (indicante il tradizionale «diritto penale del cittadino»), di cui è imbevuta l'attuale configurazione del terrorismo internazionale, ha ad oggetto lo stravolgimento della predominanza della tutela giuridica dell'individuo in quanto tale, qualora la vita dello Stato sia messa in pericolo da soggetti non considerati cittadini, ma regrediti alla condizione di “nemici”. Da ciò discenderebbe un inevitabile conflitto con i diritti umani, in quanto si legittimerebbe un sistema normativo volto alla selezione soggettiva dei criminali, distinguendo categorie di criminali-cittadini e di criminali-nemici: si avrebbe, dunque, un codice binario nemico/cittadino, che riproduce il codice politico nemico/amico. Per approfondimenti sul tema, v. F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, p.529.

³⁴ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'indice penale*, 2006, n.1, p.181 e ss.

³⁵ M. DONINI, *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI-R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, il quale specifica che la punibilità autonoma di «atti preparatori» tende ad un allontanamento sempre più pregnante dal principio di offensività, per avvicinarsi, invece, alla neutralizzazione di autori pericolosi. Inoltre, un arretramento della punibilità per fatti dolosi prima della soglia del tentativo e di un'offensività oggettivamente e socialmente univoca avvicina il reato all'autore e la pena alla neutralizzazione della pericolosità

In questo quadro concettuale, la pena viene concepita come una sorta di vendetta comune e la conseguenza è la neutralizzazione del criminale-nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima collettiva del reato. Dunque, il criminale-cittadino è legato alla commissione di un'infrazione normativa, riconducibile ad un sistema di regole proprie della società civile cui appartiene, e, in questo caso, il legislatore penale è concepito come un garantista di quei diritti fondamentali, sussistendo l'accettazione dei principi politico-morali su cui si fonda la società. Il criminale-nemico, invece, ha l'obiettivo di minacciare le regole di convivenza civile, causando uno stravolgimento dell'equilibrio politico-sociale collettivo.

Il modello penalistico di Jakobs, inoltre, comporta la negazione del diritto penale della responsabilità di fronte a soggetti non responsabili, con il pretesto che non sono tali i nemici dell'ordinamento. Chiaramente la condizione di *non persona* causa un danno irreparabile al diritto, in quanto l'autore del reato è sottoposto ad una punizione pura ed assoluta; la risposta punitiva del diritto penale, invece, dovrebbe implicare sempre, in maniera rigorosa, l'applicazione dei diritti umani come baluardi e guardiani di una volontà statale che non deve mai essere volta alla punibilità in quanto tale, ma alla restaurazione di un comportamento illecito che ha causato un danno alla collettività³⁶.

È evidente, quindi, che la crisi più pericolosa del diritto penale è relativa non soltanto alla punizione di un comportamento *ante delictum*, ma addirittura all'appartenenza ad una specifica categoria nemicale, indipendentemente dallo svolgimento o meno di un'attività illecita³⁷.

Nell'ottica del diritto penale del nemico, inoltre, sul piano processuale quello che rileva è l'assenza di un'autorità giudiziaria che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali del soggetto nemico, collocando la funzione processuale in capo ad un'autorità amministrativa, cioè in capo ad una parte del conflitto che si assume essere dalla parte del giusto.

Diventa dunque palese il travalicamento dei diritti umani, in quanto le violazioni partono dall'assenza di un'autorità investita di quell'imparzialità e terzietà fino alla presupposta e prioritaria concezione dell'eliminazione del nemico. In questo modo, il controllo giurisdizionale diventa superficiale, posto che un giusto processo sarebbe concepibile solo in un ordinamento democratico che garantisca la tutela dei diritti fondamentali, sempre e comunque; tuttavia, quest'ultima situazione non si realizza in una concezione nemicale, che mira unicamente al riconoscimento di un presupposto identitario che possa giustificare qualunque azione repressiva, in assenza di un qualsivoglia equilibrio tra diritto, morale e giustizia.

In particolare «ciò che interessa non è più l'accertamento della responsabilità, e quindi il procedimento attraverso il quale compiere siffatto accertamento, ma la possibilità di utilizzare strumenti efficaci volti a prevenire la commissione di reati, rispetto ai quali non risulta necessario l'esercizio di un controllo giurisdizionale»³⁸.

Alla luce di quanto è stato detto relativamente a queste basi teoriche sulle quali si innesta il meccanismo per il quale il processo penale sposta la sua attenzione dal «fatto» al «fenomeno», si può

³⁶ F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, p.536, richiama, per un approfondimento, L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI-B. PASTORE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare.*, Milano, Giuffrè editore, 2008, p.161, che evidenzia come il diritto penale del nemico rappresenti l'inizio di una nuova antropologia della disuguaglianza, in cui il nemico non può considerarsi come un essere umano, in quanto rappresenta una non persona, che non merita di essere trattato con gli strumenti del diritto che con quelli della politica.

³⁷ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, n.2, p.681.

³⁸ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008, p.23.

constatare, come già anticipato, che il «fenomeno» che più degli altri risente di tali fondamentali filosofiche, oltre che di importanti implicazioni sul piano sociale e culturale, è il terrorismo internazionale³⁹, con particolare riguardo a quello di matrice islamica⁴⁰.

Le caratteristiche essenziali di tale «fenomeno», dalla fine del XX secolo all'inizio del XXI, sono: la configurazione come una minaccia invisibile, la costituzione di gruppi paramilitari tipicamente transnazionali, senza base geografica fissa o partecipazione politica riconosciuta dalla società internazionale.

A seguito, poi, degli attacchi dell'11 settembre del 2001, è parso evidente che la non territorialità del nemico sia, probabilmente, l'aspetto più difficile da affrontare. *Al Qaeda*, ad esempio, non è un'organizzazione localizzabile e rigidamente gerarchizzata, ma un insieme di reti aggrovigliate, disperse e non territoriali, i cui membri vivono in una moltitudine di paesi, rafforzando le reti trasversali e accentuando la loro non territorialità⁴¹.

Dal punto di vista penalistico, i fatti di terrorismo – al di là delle diverse definizioni sociologiche o di diritto internazionale del fenomeno – si connotano per la gravità dei danni e dei concreti pericoli che essi comportano per la vita e l'incolumità di molte persone, prima che per il patrimonio pubblico e/o privato⁴². Proprio la drammatica lesività di tali eventi rende il fenomeno criminale terroristico idoneo – prima che soggettivamente diretto – a terrorizzare la collettività. Si può parlare, dunque, di un intervento lesivo della libertà e della dignità di una persona “in carne ed ossa”, che nel nostro ordinamento, per il principio di offensività, si giustifica solo in presenza del danno o del pericolo per beni giuridici di rango costituzionale proporzionato; beni che, in virtù del principio di determinatezza, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., devono essere precisamente definiti e la cui offesa dev'essere empiricamente verificabile.

Non dovrebbero potersi, quindi, evocare oggettività giuridiche vaghe, affette da gigantismo e dall'inafferrabilità dell'offesa, quali l'ordine pubblico – interno o, addirittura, mondiale –, la personalità dello Stato, la “sicurezza”. Soprattutto, la “sicurezza” è un'entità che per la sua onnicomprensività, comprende beni giuridici di rango diverso e, talvolta, anche semplici sensazioni individuali, come tali non suscettibili di una verifica empirica⁴³. Nonostante ciò, essa continua a

³⁹ Preme sottolineare che il terrorismo è stato sempre presente nella storia delle civiltà, come pratica eccezionale che governi e gruppi rivoluzionari utilizzavano in momenti estremi. Successivamente, la differenza tra criminale e terrorista è divenuta più frequente dopo la fine della bipolarizzazione politica del mondo, che ha caratterizzato la Guerra fredda, una volta che la dissoluzione dell'Unione Sovietica ha anche rappresentato il venir meno di quei Paesi che si opponevano agli Stati Uniti, attraverso attacchi militari o tramite un'opposizione formale. Il terrorismo è stato, dunque, adottato come pratica militare ordinaria da quei gruppi paramilitari che volevano insorgere contro l'egemonia statunitense.

⁴⁰ Il terrorismo di matrice islamica ha conosciuto essenzialmente due organizzazioni principali: *Al qaida* ed *ISIS*. *Al qaida* è un movimento islamista sunnita paramilitare terroristico, nato nel 1988 durante la Guerra in Afghanistan, fautore di ideali riconducibili al fondamentalismo islamico più oltranzista, impegnato in modo militante nell'organizzazione e nell'esecuzione di violente azioni ostili, sia nei confronti dei vari regimi islamici filo-occidentali, sia del mondo occidentale. L'*ISIS* – acronimo con cui si indica l'autoproclamato “Stato Islamico dell'Iraq e della Siria” –, invece, sarebbe nato dalla costola di *Al Qaida* in Iraq, creata da Abu Musab al-Zarqawi per contrastare l'occupazione occidentale del Paese che nel 2003 aveva rovesciato la dittatura di Saddam Hussein. Con l'*ISIS* nasce anche il fenomeno dei c.d. Foreign Fighters, ovvero combattenti provenienti da varie parti del mondo che fanno addestramento nei luoghi del califfato per poi tornare nei luoghi d'origine e compiere attentati, rendendo così questa nuova forma di terrorismo più difficile da estirpare e ponendo problemi sul piano legislativo ed interpretativo delle fattispecie già esistenti.

⁴¹ A. VICHINKESKI TEIXEIRA, *Verso un diritto penale transnazionale del nemico? Un'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile. Dalla comunità internazionale*, cit., p.11.

⁴² R. WENIM, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità, Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2017, p. 13.

⁴³ In R. WENIM, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità, Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*,

costituire una delle principali esigenze della collettività, sulla base della quale si innesta una forte linea repressiva da parte degli Stati.

Le caratteristiche strumentalizzate di questo «fenomeno» – inteso, ormai, come emblema della lotta all'altro piuttosto che al crimine in sé – ben si sono prestate ad una configurazione dello stesso ispirata alla suddetta concezione del diritto penale del nemico, in base alla quale il soggetto considerato nemico sarà sottoposto a sanzioni penali più severe, alla restrizione o addirittura alla rimozione dei diritti e delle garanzie fondamentali durante il c.d. processo criminale, ovvero la reificazione della persona del nemico.

In questo complesso «fenomenico», vengono, pertanto, ad incontrarsi i concetti di criminale, nemico e terrorista.

Il concetto di nemico è uno dei fondamenti, oltre che del diritto penale del nemico, anche del diritto di guerra e del concetto di guerra secondo Schmitt, il quale considerava il nemico come colui che materializza e personalizza tutto ciò contro cui si sta combattendo⁴⁴. Tuttavia, l'inafferrabilità che caratterizza la globalizzazione rende la condizione stessa di nemico altrettanto sfuggente e proprio la difficoltà nel definire chi esso sia produce una condizione di assoluta insicurezza nelle popolazioni di quei paesi direttamente o indirettamente coinvolti nel conflitto. Infatti, mentre in passato, nel contesto della lotta contro tale crimine, spesso il nemico coincideva con lo straniero, quindi con qualcuno che fosse “esterno” all'ordinamento contro cui si poneva, con l'avvento della globalizzazione è parso indubbiamente più difficoltosa l'individuazione di un nemico ormai “internalizzato”. Ed è proprio per questo che andrebbe abbandonato il ricorso all'equazione “criminale/terrorista” uguale “straniero” e si dovrebbe, invece, guardare agli elementi fattuali delle vicende, a prescindere da chi sia a compierle, valorizzando il diritto penale del fatto e respingendo, una volta per tutte, il diritto penale d'autore.

Nel contesto della società globale, peraltro, l'accusa di “collaborare con il terrorismo” è stata utilizzata dalle principali potenze del mondo, specialmente dagli Stati Uniti, per detenere o investigare su qualcuno, senza la necessità di presentare una denuncia formale né di stabilire i limiti temporali alla sua detenzione.

Il terrorista di oggi viene, pertanto, inteso come il “nemico assoluto” a cui si riferiva Schmitt: un oggetto da annientare. Proprio su queste basi, sono state innescate e giustificate le c.d. «guerre umanitarie», con lo scopo della difesa del bene contro il male, della lotta contro il nemico⁴⁵. La paura ha costituito, evidentemente, il più importante elemento soggettivo idoneo a far muovere le potenze occidentali contro determinati gruppi-bersagli.

Fondamentale, ancora, per uno sguardo critico, nello sviscerare il tema del terrorismo e della sua internalizzazione nel mondo globalizzato e, soprattutto, della legislazione contro quest'ultimo, è stato l'approfondimento del rapporto strettamente intrecciato tra terrorismo, *media*, società di massa e

cit., p.14, si osserva come, assumendo quale bene giuridico la ‘sicurezza’ si può arrivare a punire, ad esempio, mendicanti e lavavetri, o magari, per quel che concerne la prevenzione del terrorismo, donne islamiche che circolino a volto coperto o immigrati e profughi sospettati di essere genericamente ‘legati’ ad ambienti fondamentalisti.

⁴⁴ Si veda C. SCHMITT, *Le categorie del politico (orig. 1927)*, Bologna, 1972, 109, secondo il quale «Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (*der Fremde*) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo ‘disimpegnato’ e perciò ‘imparziale.’»

⁴⁵ Per giustificare il concetto di «guerra umanitaria», l'idea di «guerra giusta» è stata oggetto di una rivalutazione positiva ad opera del filosofo statunitense WALZER, *Just and Unjust Wars*, New York, 1977, e WALZER, *Arguing about war*, New Haven, 2005.

guerra, analizzato alla luce delle considerazioni del sociologo francese Jean Baudrillard nel suo volume *Pornografia del terrorismo*: senza l'amplificazione dei *media*, il terrorismo non potrebbe esistere in tutta la sua riprovevolezza, in quanto ciò che lo caratterizza è la sussistenza di un obbligo sacrificale. Esso si esplica, dunque, nel coniugarsi di due componenti: quella di una struttura operativa e quella di un patto simbolico, che rendono possibile la realizzazione di atti di una misura tale quale sono stati gli attentati del 2001, negli Stati Uniti, o quelli del 2015, in Francia.

In questo stesso valore simbolico, che caratterizza il terrorismo internazionale di matrice islamica inteso come scontro tra culture, si rinviene, quasi specularmente, una delle caratteristiche essenziali delle legislazioni penali che gli Stati pongono in essere contro il terrorismo stesso.

3.- La risposta degli ordinamenti ai «fenomeni» criminali: legislazione penale d'emergenza e anticipazione della soglia di punibilità

Alla luce di quanto finora illustrato, appare necessario analizzare quali possano essere le risposte degli ordinamenti – con le relative conseguenze sul piano processual-penalistico – nella lotta contro determinati reati, avvertiti come «fenomeni» piuttosto che come «fatti», nelle accezioni di cui sopra.

Innanzitutto, appare verosimile ipotizzare che una rappresentazione mediatica della criminalità, che sia smisurata rispetto ai relativi dati reali, possa avere anche significativi esiti politico-istituzionali⁴⁶. La classe politica si fa, dunque, portavoce delle esigenze di sicurezza avanzate dai *rappresentati*, sorte da quella stessa paura costruita dai *media*, sulla base della quale i *rappresentanti* cercano il consenso. Lo strumento attraverso il quale avviene questo passaggio, che, in qualche modo, sfrutta l'influenza che la rappresentazione dei fenomeni criminali ha sulla società, consiste, essenzialmente, nell'applicazione di strategie di politica criminale.

Tra queste emerge, innanzitutto, la legislazione penale. Nel nostro ordinamento, gli interventi del legislatore – o, provvisoriamente (e sempre più di frequente) del governo – contro determinati fenomeni criminali definiscono ulteriori ambiti di rilevanza penale, modificando asistematicamente la struttura o la disciplina di fattispecie di reato, anche già esistenti: se essi potranno, da un lato, apparire risolutivi nella “lotta” al crimine, dall'altro, saranno, in realtà, del tutto inutili, se non addirittura controproducenti⁴⁷. Si avrebbe, in questo modo, un esempio di diritto penale simbolico, ovvero di legislazione penale che, «accreditando una situazione di insicurezza» e il «carattere imprescindibile dell'intervento punitivo», anche laddove sia «una soluzione extrapenale [...] la più idonea a risolvere *in radice* il problema», propone soluzioni normative che spesso riescono «a

⁴⁶ F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, cit., p.137 e ss., il quale sottolinea che, a riprova di questo assunto, si delinea un'ulteriore analogia tra il contesto mediatico e politico statunitense degli anni '90, studiato dal *Center for Media and Public Affairs* della George Mason University, e il contesto italiano degli anni 2005-2009, studiato da Demos&PI in collaborazione con l'Osservatorio di Pavia Media Research. L'A. evidenzia, in particolare, che se in Italia, a fronte di tassi di criminalità pressoché invariati, il *boom* mediatico della criminalità nella misura di un aumento di circa il 100% delle relative rappresentazioni tra il 2006 e il 2007 ha immediatamente preceduto la fine anticipata della legislatura e l'alternanza tra opposizione e maggioranza nelle elezioni politiche del 2008, l'aumento del 600% delle rappresentazioni mediatiche di fatti di omicidio registrato negli USA tra il 1990 e il 1997 ha preceduto un esito analogo nelle successive elezioni presidenziali del 2000. Emblematica, inoltre, fu, in quell'occasione, l'elezione del candidato che era Governatore del Texas già quando nel 1997, proprio mentre si consolidava, in ambito federale, l'aumento in 7 anni del 600% nelle rappresentazioni mediatiche di fatti di omicidio, il numero delle condanne a morte eseguite in Texas risultò aumentato del 1200% da un anno all'altro; specificamente, con una progressione senza precedenti nelle statistiche giudiziarie penali degli Stati Uniti d'America, a fronte delle 3 condanne capitali eseguite in Texas nel 1996, nel 1997 ne furono eseguite 37.

⁴⁷ Sul «paradigma *mass-mediatico*» come «terzo sistema» «intermedio» di mediazione tra sistema sociale e sistema penale cfr. le considerazioni contenute nel contributo di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 490 e ss.

combinare, in maniera tanto esemplare quanto deprecabile, i difetti dell'insipienza sul piano tecnico, della discutibilità sul piano dei principi e dell'ineffettività sul piano dei risultati»⁴⁸.

3.1- Risposta dell'ordinamento interno

Fatta questa premessa in termini critici, è necessario specificare che il nostro ordinamento risponde al terrorismo internazionale con una legislazione *ad hoc*⁴⁹, appunto, che si articola, essenzialmente, su tre livelli: quello dell'anticipazione della soglia di punibilità, quello delle misure di prevenzione e dell'utilizzo dello strumento dell'espulsione e, infine, quello del doppio binario processuale.

Quanto all'anticipazione della soglia di punibilità, essa si concretizza attraverso il paradigma dei reati associativi, in cui si destruttura sempre più l'elemento dell'"organizzazione", e si giunge ad incriminare meri atti preparatori: oltretutto, sono state previste specifiche norme che si adattano all'evoluzione del «fenomeno» in questione, con riguardo alle problematiche legate ai c.d. *foreign fighters* - vale a dire stranieri residenti nei paesi europei e anche cittadini dall'origine o neutralizzati in tali Paesi, che partono per combattere al fianco dello Stato Islamico - e ai c.d. Lupi solitari - ovvero quei soggetti che operano sganciati da gruppi e con semplice adesione ai loro proclami con un addestramento non più duale ma da autodidatti, in genere mediante internet e senza essere in diretto contatto con i gruppi a cui si ispirano.

Per esigenze di semplificazione, può dirsi che la legislazione interna in materia di terrorismo internazionale si suddivide in quattro fasi che corrispondono alla nascita e all'evoluzione del fenomeno⁵⁰: la fase precedente e quella immediatamente successiva all'attentato alle Torri Gemelle, quella successiva ai gravi attentati alla stazione ferroviaria Atocha di Madrid nel 2004 e alla metropolitana di Londra nel 2005 e, infine, la fase attuale, segnata soprattutto dal terrorismo dell'ISIS e dalla nascita dello Stato islamico. Il legislatore ha, pertanto, variamente risposto a seconda delle diverse fasi appena indicate.

Fino al 2001, infatti, nella fase di incubazione del *terrorismo internazionale*, era stato possibile applicare a soggetti individuati in Italia solo le norme "ordinarie", quali l'associazione per delinquere e quelle relative ai reati strumentali come la falsificazione o la ricettazione di documenti. Invero, non esisteva alcuna norma che consentisse di riconoscere la "finalità di terrorismo" - normalmente

⁴⁸ Così S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 54 e ss., 99, 144.

⁴⁹ Appare opportuno osservare che il legislatore italiano, dinanzi alla necessità di prevenire e contrastare condotte di terrorismo di matrice internazionale, negli ultimi quindici anni, abbia agito nella stessa maniera in cui agì negli anni '70 e '80, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Sotto il profilo formale, è frequente il ricorso al decreto-legge progettato dal Ministero dell'interno, alle volte di concerto con quello della giustizia: si pensi ai dd. ll. nn. 59/1978, 625/1979, 8/1991, 374/2001, 144/2005, 7/2005. Sotto il profilo sostanziale, invece, quanto sperimentato negli "*anni di piombo*" ha, in primo luogo, rappresentato la premessa per affrontare la sfida della lotta alla criminalità organizzata. Infatti, quella legislazione emergenziale ha costituito la culla delle scelte successive. In particolare, il recupero del precedente armamentario processuale e l'inserimento di nuovi strumenti, legati alla struttura delle organizzazioni malavitose, sono stati gli elementi "chiave" dell'azione processuale per arginare il dilagante e pernicioso «fenomeno» della criminalità organizzata. Chiaramente, questo strumentario è stato nuovamente mutuato nelle azioni antiterrorismo e ciò è dimostrato dalle interpolazioni al d.l. n.152/1991, al d.l. n. 306/1992, al codice delle misure di prevenzione antimafia, agli artt. 51 e 407 c.p.p. Sul punto si veda M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 1, 2017, p. 178 e ss.

⁵⁰ Questa suddivisione è di G. SALVINI, *Da Al Qaeda all'ISIS: la seconda fase del terrorismo islamista. Strumenti giuridici, prime applicazioni e riflessioni culturali*, in R. WENIM, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità, Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2017, p. 101 e ss.

applicata nei confronti delle organizzazioni terroristiche interne - quando l'obiettivo fosse esclusivamente uno Stato o un'istituzione estera.

Subito dopo l'attentato, nel 2001, alle Torri Gemelle, il decreto-legge 18 ottobre 2001 n. 374⁵¹ aveva modificato l'art. 270bis c.p.⁵², introducendo un terzo comma secondo cui «la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale». È stata, inoltre, aggiunta nell'art. 270-bis c.p., per la prima volta, la previsione della condotta di finanziamento di associazioni con finalità di terrorismo, applicabile sia in caso di terrorismo interno sia in caso di terrorismo internazionale, ma pensata principalmente per quest'ultimo.

Successivamente, con il decreto-legge 27 luglio 2005 n. 144, il c.d. *pacchetto Pisanu*, dal nome del Ministro dell'Interno dell'epoca, adottato subito dopo l'attentato alla metropolitana di Londra del 7 luglio 2005, la legislazione di contrasto al terrorismo internazionale ha compiuto un ulteriore passo in avanti, tanto da configurarsi, ormai, come una sorta "sottosistema" sostanziale, investigativo e processuale. Sono stati, infatti, inseriti, nel capo relativo ai *Delitti contro la personalità internazionale dello Stato*, l'art. 270-quater c.p., che prevede come reato la condotta di chi arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo anche rivolta ad obiettivi "esteri", e l'art. 270-quinquies c.p., che punisce, invece, chi addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nonché di ogni altra tecnica per il compimento degli stessi atti di violenza di cui all'art. 270-quater c.p. e con la medesima finalità anche internazionale. Queste nuove fattispecie costituiscono, entrambe, l'adeguamento interno alla Convenzione sulla prevenzione del terrorismo siglata a Varsavia il 16 maggio 2005⁵³: tuttavia, mentre nell'ipotesi di *arruolamento* era prevista la punibilità soltanto di chi arruola, nell'ipotesi di *addestramento* era prevista la punibilità anche dell'addestrato⁵⁴.

Soprattutto con questo provvedimento del 2005 il legislatore ha avvertito la necessità di definire, anche direttamente all'interno del codice penale, in cosa consistano le condotte di terrorismo. A

⁵¹ Convertito con modificazioni nella legge 15 dicembre 2001 n. 438. Sull'art. 270bis c.p., così come ridefinito dal legislatore nel 2001, si veda ampiamente F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milano, 2006, p. 447 e ss.

⁵² L'art. 270bis c.p. era stato introdotto dal d.l. 15 dicembre 1979 n.625, convertito nella l. 6 febbraio 1980 n.15 – la c.d. legge Cossiga, anch'essa dettata da situazioni emergenziali, in particolar modo la recente uccisione di Aldo Moro - per i reati commessi a fini di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

⁵³ La Convenzione, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata sottoscritta dall'Italia ed in vigore dall'1 giugno 2007. La Convenzione impegna gli Stati membri a punire come reati gravi l'apologia, il reclutamento e l'addestramento per il terrorismo, nel quadro comunque del rispetto dello stato di diritto, dei valori democratici, dei diritti umani e delle libertà fondamentali così come enunciate nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

⁵⁴ Con il provvedimento del 2005 è stato, inoltre, inserito nella legge 26 luglio 1975 n. 354, cioè la legge sull'ordinamento penitenziario, l'art. 18-ter che consente lo svolgimento dei colloqui a fini investigativi anche al fine «di acquisire dai detenuti o dagli internati informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico». In particolare, sul punto, G. SALVINI, *Da Al Qaeda all'ISIS: la seconda fase del terrorismo islamista. Strumenti giuridici, prime applicazioni e riflessioni culturali*, in R. WENIM, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità, Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, cit., p. 104 e ss., sottolinea che mentre nel *terrorismo interno* il colloquio tra l'appartenente alla Polizia giudiziaria e il detenuto si svolge quantomeno attraverso una "grammatica comune", nel caso di colloqui investigativi legati, invece, al *terrorismo internazionale* mancano alcune pre-condizioni che possono facilitare il contatto. L'A., ancora, evidenzia che la diversità delle basi culturali e dei codici di comunicazione tra gli operanti e l'interlocutore, la difficoltà di prospettare misure di protezione per i parenti che vivono all'estero e la profondità della ideologizzazione non solo in senso politico ma anche religioso del soggetto, rendono più difficile il distacco dai valori inculcati all'interno della sua comunità e costituiscono un serio ostacolo all'esito positivo del colloquio.

questo scopo è stato inserito l'art. 270-*sexies* c.p. che trasporta, quasi letteralmente, nel codice, la definizione fornita dalla Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002. L'art. 270-*sexies* prevede, quindi, che siano considerate con finalità di terrorismo le condotte che: «possono arrecare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di una organizzazione internazionale [...]».

Infine, giungendo alla fase attuale, poche settimane dopo la strage nella redazione del *Charlie Hebdo*, con il d.l. 18 febbraio 2015 n. 7⁵⁵ è stato completato il quadro dei mezzi di contrasto anticipando, sotto il profilo sostanziale, la soglia di rilevanza penale e raffinando gli strumenti investigativi e preventivi. In particolare, con questo ulteriore intervento legislativo, è stata introdotta, nell'art. 270-*quater* c.p., la punibilità dell'arruolato, non prevista nel provvedimento del 2005, sebbene con una sanzione più ridotta rispetto a quella prevista per chi arruola. Ancora, con riferimento, invece, all'art.270-*quinquies* c.p., con il provvedimento del 2015, viene confermata la punibilità anche del semplice addestrato e viene estesa anche alla persona che, avendo acquisito, anche autonomamente, istruzioni, pone in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies* c.p. Infine, quasi a completare questo sottosistema di norme, il d.l. 18 febbraio 2015 n. 7, ha introdotto l'art. 270-*quater*.1 c.p., contenente la nuova fattispecie di organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo, che si applica a chi «organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati alle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies*». È palese, in questo caso, la prospettiva di estendere la rilevanza di condotte preparatorie rispetto alla commissione di attività terroristica vera e propria.

Le peculiari attuali caratteristiche del terrorismo internazionale, che appare ormai contrassegnato da associazioni basate su strutture flessibili, leggere ed orizzontali, in cui hanno assunto un ruolo decisivo le c.d. cellule, hanno comportato una serie di problemi giuridici.

Infatti, è evidente come il contrasto ad ogni «fenomeno» criminale crei una tensione tra esigenze di difesa sociale ed esigenze di garanzia; tuttavia, il contrasto al *terrorismo internazionale* rende questa tensione ancor più acuta, forse addirittura unica. Le esigenze di difesa sociale emergono in maniera intensa, in quanto uno Stato democratico minacciato dal *terrorismo* avverte come inderogabile il dovere non solo di reprimere, ma ancor prima di prevenire fatti così offensivi di innocenti e di valori democratici. Di pari passo, però, le esigenze di garanzia si rendono urgenti ed imprescindibili, proprio perché uno Stato che possa dirsi realmente democratico è consapevole che il contrasto al *terrorismo* non può essere tale da sacrificare quei valori e quei principi, quei diritti e quelle libertà, che lo Stato stesso difende proprio dalla minaccia terroristica.

⁵⁵ Convertito nella legge 17 aprile 2015 n. 43. Per un commento sull'intervento legislativo si veda G. LEO, *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto legge n. 7 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, p. 6 e ss. Si richiama, poi, brevemente l'aggravante speciale dell'uso «dei mezzi informatici e telematici», introdotta dalla legge del 2015, per i reati di istigazione ed apologia di cui agli artt. 302 e 414 c.p. La medesima aggravante è prevista anche per il reato di addestramento. a conferma della particolare attenzione dedicata dal legislatore all'utilizzo di tali mezzi che oggi costituiscono lo strumento principale per la diffusione del credo fondamentalista e il proselitismo. Sul punto si richiama anche la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 6 ottobre 2015 n. 47489 che ha confermato un'ordinanza di applicazione degli arresti domiciliari per il reato di apologia di cui all'art. 414 terzo comma c.p. aggravato, ai sensi dell'articolo 1 d.l. 625/79, dalla finalità di terrorismo nei confronti di un soggetto che aveva diffuso su Internet in italiano il documento intitolato *Lo Stato islamico: una realtà che ti vorrebbe comunicare*, e cioè il manifesto "fondante" di propaganda dell'ISIS, finalizzato al proselitismo.

Peraltro, quando vengono a prevalere le esigenze di difesa sociale rispetto a quelle di garanzia, si privilegia una concezione in base alla quale si utilizza il diritto penale per colpire un criminale più per l'adesione ad una ideologia che per i «fatti» commessi e, quindi, come già detto, si abbandona il *diritto penale del «fatto»* per adottare un *diritto penale d'autore*, privo di garanzie fondamentali, *in primis* quella della tutela giurisdizionale⁵⁶. La conseguenza principale di tutto ciò è il configurarsi di un diritto penale dell'emergenza⁵⁷ che può essere espresso o implicito⁵⁸. Il diritto penale dell'emergenza “espresso” è quello che, in presenza di situazioni particolarmente gravi, che minaccino la stessa vita di una nazione, viene attivato attraverso dichiarazioni espresse, che sospendono alcune garanzie fondamentali, lasciando tuttavia operanti alcuni diritti umani e principi assolutamente inderogabili: si tratta, in buona sostanza, del diritto penale che scaturisce dalla dichiarazione del vero e proprio *stato di emergenza* previsto dall'art. 15 CEDU e, nell'ordinamento interno, dal d.lgs. 1/2018. Il diritto penale dell'emergenza “implicito” è, invece, quello che è “normalmente” presente all'interno di un sistema per prevenire fatti criminosi dotati di un'offensività del tutto peculiare, per cui si introducono strumenti specifici che si distinguono da quelli ordinari, anche se non si raggiungono livelli così consistenti come quelli che legittimano l'emergenza espressa.

Il diritto penale dell'emergenza si esplica, peraltro, in una forte anticipazione della tutela, ovvero reprimendo comportamenti che sono qualificati come reato, ma che, tuttavia, sono molto lontani dalla realizzazione di un fatto offensivo⁵⁹, quanto meno nella forma tentata. Si tratta, dunque, di fattispecie incriminatrici notevolmente anticipate dal punto di vista del grado dell'offesa.

A questo punto, preme osservare che nella tradizione del diritto penale “emergenziale” si collocano due tipologie di reato, vale a dire le fattispecie di associazione - l'associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p. e l'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale di cui all'art. 270-bis c.p. - e le fattispecie che, a vario titolo, puniscono gli atti preparatori - istigazione a commettere reati di cui agli artt. 302 e 414 c.p., apologia di delitti di cui all'art. 414, comma 3, accordo a commettere un reato di cui all'art. 304 c.p. Il carattere emergenziale di queste fattispecie sta proprio nell'anticipazione della tutela. Tuttavia, si tratta di due tipologie di reato estremamente differenti tra loro.

Infatti, l'incriminazione degli atti preparatori costituisce una tecnica di tutela anticipata che ha comunque come punto di riferimento la realizzazione di uno specifico reato “storicamente” determinato. Da ciò deriva che se, per un verso, si rischia di punire una mera intenzione criminosa, per l'altro, la presenza di tale intenzione può comunque costituire un segnale di pericolosità. Si potrebbe, pertanto, dire che è proprio la specifica intenzione criminosa che costituisce il fondamento

⁵⁶ R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, p. 3 e ss.

⁵⁷ Sul concetto di diritto penale dell'emergenza si veda, fra tutti, P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, 1985, 9, p. 5 e ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 23 e ss.; R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità, Le nuove sfide tra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2017, specie p. 243 e ss.; M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 1, 2017, p. 177 e ss.

⁵⁸ Tale impostazione è di R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., p. 4 e ss.

⁵⁹ Sul principio di offensività, in dottrina, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Torino, Zanichelli editore, 2014, p. 160 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; G. NEPPI MADONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, p.89; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 1; F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo della costituzionalità del contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p.350; D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007.

sulla base del quale porre un limite garantista, attribuendo rilevanza a fatti che costituiscano una manifestazione oggettiva e significativa di tale proposito.

Le fattispecie associative, invece, costituiscono una tecnica di tutela anticipata che non ha come punto di riferimento uno specifico reato, ma un programma di reati, dove ad essere determinato è, per l'appunto, il programma e non i singoli reati, mentre il disvalore si appunta sull'organizzazione di persone e mezzi che costituisce lo strumento per la realizzazione del programma. In questo caso i rischi della "soggettivizzazione" sono consistenti, in quanto manca l'elemento di un concreto e specifico proposito criminoso. Mancanza a cui, però, sopperisce, in queste fattispecie incriminatrici, la presenza dell'elemento dell'organizzazione, che costituisce un qualcosa che rafforza ancor di più la pericolosità. Ne consegue che laddove l'eccesso anticipatorio arrivi, addirittura, alla destrutturazione del requisito dell'organizzazione, si porranno ulteriori, e ben più gravi, problemi giuridici.

Bisogna poi spostare l'attenzione sugli strumenti di contrasto al terrorismo internazionale, definiti "inediti"⁶⁰, vale a dire la particolare interpretazione giurisprudenziale data alla fattispecie di associazione con finalità di terrorismo, laddove applicata al *terrorismo internazionale*, e le nuove fattispecie introdotte dal legislatore con le riforme del 2005, 2015, 2016. Queste nuove fattispecie si caratterizzano per il fatto che i comportamenti devono essere realizzati, sul piano oggettivo, fuori dalla partecipazione ad una associazione e, sul piano soggettivo, con la finalità di compiere condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies c.p., vale a dire con la duplice finalità, strumentale, consistente nella realizzazione di una generica pluralità di reati (che nell'associazione consiste in un vero e proprio "programma criminoso"), e finale, consistente nella destabilizzazione del sistema politico-sociale. Quindi, queste fattispecie non sono riconducibili né al paradigma della fattispecie di associazione, in quanto, per espressa previsione legislativa, devono essere realizzate da soggetti che non fanno parte di un'organizzazione, né al paradigma degli atti preparatori, in quanto manca l'esistenza di uno specifico proposito criminoso, vale a dire la volontà di realizzare un fatto di reato "storicamente" determinato, richiedendosi invece la finalità di compiere "condotte violente", ovvero una generica intenzione criminosa che non si concretizza in fatti storicamente determinati.

In altri termini, sul piano oggettivo si fa riferimento ad atti preparatori, ma sul piano soggettivo si fa riferimento ad una finalità criminosa indeterminata. Ne consegue che queste fattispecie finiscono per incriminare proprio quegli atti preparatori della stessa fattispecie associativa, che di regola vengono puniti con la fattispecie di associazione⁶¹, interpretata sempre più in termini destrutturati dalla giurisprudenza, o comunque atti preparatori di un atto preparatorio qual è l'accordo a commettere un delitto.

Queste fattispecie presenterebbero, dunque, dei profili di illegittimità costituzionale, in quanto in assenza del requisito della struttura organizzativa, tipico dell'associazione, e dello specifico proposito criminoso, tipico dell'atto preparatorio, danno luogo ad un'eccessiva anticipazione della tutela. Si avverte, dunque, la necessità di un'interpretazione correttiva di tali norme⁶², procedendo, fattispecie per fattispecie, ad un tentativo di ricondurle al paradigma, costituzionalmente legittimo, dell'incriminazione dell'atto preparatorio.

Si può, dunque, asserire che l'odierno diritto penale di contrasto al terrorismo si colloca nel solco del sistema di tutela progressiva proprio della tradizione del diritto penale politico e di questa valorizza

⁶⁰ L'espressione è di R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., p.11.

⁶¹ In questo senso si veda anche M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in AA. VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, 2016, p. 106 e 108

⁶² Nel dettaglio dell'interpretazione correttiva delle singole fattispecie, si veda ancora R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., p. 23 e ss.

le tecniche di tutela anticipata che consentono di intervenire ad uno stadio antecedente a quello tipizzato nei delitti di attentato, in maniera funzionale ad una serie di esigenze. *In primis*, le fattispecie a carattere preparatorio si adattano alle nuove forme d'azione del terrorismo internazionale che opera attraverso una rete, più che all'interno di un'organizzazione gerarchicamente strutturata, e, allo stesso tempo, vengono incontro alla necessità di contrastare i c.d. *lupi solitari* ed i c.d. *foreign fighters* che sono stati l'obiettivo della riforma del 2015.

Queste fattispecie, inoltre, vengono incontro ad una esigenza processuale, in quanto permettono di colpire condotte indipendentemente dalla prova della partecipazione del soggetto al reato associativo⁶³: non a caso, infatti, esse presentano tutte la clausola di riserva rispetto al reato di cui all'art. 270-*bis* c.p.

Per concludere, sul punto, si può affermare, con un certo disincanto, che proprio nelle fattispecie a struttura fortemente anticipata si annida il progressivo avvicinamento del diritto penale al confine della sua delegittimazione⁶⁴.

L'altro strumento di contrasto al terrorismo internazionale, nel nostro ordinamento, sono state le misure preventive, vale a dire misure special-preventive, considerate tradizionalmente di natura formalmente amministrativa, dirette ad evitare la commissione di reati da parte di (determinate categorie di) soggetti, considerati socialmente pericolosi. Esse hanno come caratteristica peculiare l'essere applicate indipendentemente dalla commissione di un precedente reato, da cui la denominazione di misure *ante* o *praeter delictum*. Con specifico riguardo al «fenomeno» del *terrorismo internazionale*, le misure di prevenzione antiterrorismo «ordinarie» sono quelle previste dal d.lgs. n. 159/2011, in particolare con le modifiche arretrate con l'art. 4 del relativo decreto al cosiddetto «Codice antimafia»⁶⁵.

Tuttavia, queste misure previste dal d.lgs. n. 159/2011 hanno avuto scarso successo e ciò si può spiegare in ragione del fatto che lo spazio della loro operatività è stato fortemente compresso, da un lato, dal diritto penale, in quanto gli atti preparatori obiettivamente rilevanti che giustificano queste misure sono così vicini alla soglia di punibilità del tentativo configurato dalla giurisprudenza che non restano molte occasioni per la loro applicazione, dall'altro lato, dall'espulsione speciale di cui all'art. 3 del d.l. n. 144/2005 e, soprattutto, da quella «ordinaria» di cui all'art. 13 t.u. immigrazione, misure che hanno conosciuto certamente una maggiore «fortuna»⁶⁶. Queste due forme di espulsione appaiono, dunque, gli strumenti, impropri dal punto di vista di chi scrive, su cui lo Stato fa maggiormente leva per fronteggiare il pericolo terroristico⁶⁷.

Passando, infine, al terzo livello su cui si esplica la legislazione interna appositamente prevista per contrastare il terrorismo internazionale, assumono un certo rilievo, ai fini dell'analisi in corso, quelle deroghe previste per appositi reati – fra cui rientrano i delitti commessi con finalità di terrorismo – dal paradigma ordinario, e più garantito, del processo penale, attraverso quello che è stato definito il

⁶³ G. LEO, *Nuove norme in materia di terrorismo*, cit., p. 7.

⁶⁴ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., pag. 108 e ss.

⁶⁵ Per una più dettagliata ricostruzione storico-giuridica del diritto della prevenzione si cfr. F. FAMIGLIETTI, *La sicurezza «ai tempi dell'ISIS»: tra «stato di emergenza», diritto penale «del nemico» e rivitalizzazione del diritto di polizia in un sistema integrato di azioni e strutture*, in *dirittifondamentali.it*, Fascicolo 2/2016, 20 luglio 2016.

⁶⁶ Questa spiegazione è di M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, cit., p. 182.

⁶⁷ Si cfr. F. VIGANÒ, *Il controllo della Corte costituzionale sulle misure antiterrorismo*, in *cortecostituzionale.it*, Albi, 28 settembre 2018, p.2, il quale osserva che «in relazione agli stranieri sospettati di coinvolgimento in attività terroristiche, gli Stati tendono poi ad avvalersi del tradizionale strumento dell'espulsione, utilizzato sempre più non solo quale pena accessoria conseguente ad una condanna da parte dell'autorità giudiziaria, ma anche in chiave di misura amministrativa di carattere preventivo contro soggetti individuati come semplicemente pericolosi dalle forze di polizia, ma ancora non sottoposti a procedimento penale per alcuna specifica ipotesi di reato. A tali strumenti si affianca, infine, la misura – assistita da un crescente successo anche in Europa – della privazione della cittadinanza, anch'essa funzionale alla successiva espulsione del soggetto colpito».

c.d. “doppio binario processuale”. Quest’ultimo si concretizza in importanti deviazioni, soprattutto sul piano delle indagini preliminari, delle misure cautelari e su quello del trattamento penitenziario, realizzando, in sintesi, uno spostamento verso pericolosi schemi inquisitori.

In particolare, il legislatore ha compiuto delle scelte ben precise, inserendo all’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. – norma dedicata ai termini di durata massima delle indagini preliminari – i delitti commessi perseguendo finalità di terrorismo per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a dieci anni, innestandoli così sul suddetto “doppio binario processuale”⁶⁸, nonché prevedendo l’arresto obbligatorio in flagranza per i delitti commessi per finalità di terrorismo per i quali la legge stabilisca la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni. Da questa situazione derivano varie conseguenze: indagini lunghe, secretazione delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e proroghe di durata delle indagini; applicazione delle misure cautelari in sede di convalida dell’arresto o del fermo, quindi anche al di fuori dei limiti ordinari di pena, e conseguente obbligo (salvo il pregiudizio per le indagini) di ricorrere al giudizio direttissimo o al giudizio immediato, con compressione dei diritti della difesa nel corso delle indagini. A ciò si aggiunga che, *ex art. 9 della l. n. 146/2006*, l’arresto e il fermo possono essere ritardati, nel senso che l’attivazione di questi strumenti può essere gestita, per così dire, a piacimento del magistrato del pubblico ministero; inoltre, sono previsti termini lunghi della custodia cautelare (art. 301, 303, 304 c.p.p.) ed una possibile riapplicazione di una di una diversa misura dopo la scadenza (art. 307 c.p.p.).

Occorre, poi, sottolineare che rispetto al delitto di cui all’art. 270-*bis* c.p. opera la presunzione assoluta di necessità della custodia cautelare in carcere *ex art. 275, comma 3-bis, c.p.p.*, con inversione dell’onere della prova in ordine all’insussistenza delle esigenze. Tuttavia, tale norma non pare convincente in ragione della costruzione giurisprudenziale⁶⁹ dell’associazione con finalità di terrorismo. In particolare, la Corte costituzionale⁷⁰ e la Corte Edu⁷¹ hanno salvato la disciplina in esame con riferimento alle associazioni di stampo mafioso sulla base del presupposto che tale delitto è normativamente connotato da un vincolo associativo, la cui specificità implica ed è suscettibile di produrre, per un verso, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, per altro verso, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso⁷². Da queste considerazioni deriverebbe, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un’esigenza cautelare la cui soddisfazione sarebbe adeguata soltanto mediante la custodia cautelare in carcere, in virtù del fatto che le altre misure “minori” non sarebbero sufficienti a troncane i rapporti tra l’indiziato e l’ambito delinquenziale di appartenenza.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, affermato che «altrettanto non può dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, che si concretizza, in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine [...]. Per consolidata giurisprudenza essa non postula necessariamente la creazione di una

⁶⁸ Sul punto si veda G. DALIA, *L’esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura & Legal Systems*, 4, 2019, p. 23, il quale sottolinea che in Italia «il regime processuale del “doppio binario”, prima destinato solo ai reati di criminalità organizzata e terrorismo (quelli, cioè, per antonomasia a forte caratterizzazione di pericolosità sociale), è indubbiamente applicabile anche ai processi per la repressione di reati contro la P.A. o, più in generale, ai fenomeni corruttivi, quasi a voler attribuire, a questi, l’etichetta di “reati di maggior allarme sociale”»,

⁶⁹ Sulla ricostruzione giurisprudenziale relativa ai meccanismi presuntivi operanti nelle misure cautelari si veda più approfonditamente G. LATTANZI, *I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari*, in *Cassazione penale*, fasc. 6, 1 giugno 2018, p. 1838.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 450/1995 in *www.cortecostituzionale.it*.

⁷¹ Corte Edu, sent. 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*.

⁷² M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell’emergenza in Italia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, cit., p. 187 e ss.

struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune. Il delitto in questione prescinde, altresì, da radicamenti sul territorio, da particolari collegamenti personali e soprattutto da qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo»⁷³. Da questo ragionamento deriverebbe, dunque, che nemmeno la struttura minima richiesta dalla giurisprudenza per l'integrazione dell'associazione a fini di terrorismo potrebbe giustificare la duplice presunzione di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p.

Vi sono ancora, poi, altre peculiarità che caratterizzano il procedimento a carico di presunti terroristi, in particolare nella fase delle indagini preliminari: si pensi all'intercettazione di comunicazioni che segue il regime permissivo di cui all'art. 13 d.l. n.152/1991, cui rinvia l'art. 3 d.l. n. 374/2001; alla circostanza per cui la polizia giudiziaria può, d'iniziativa, eseguire perquisizioni di interi edifici se ha il fondato motivo di trovare armi, esplosivi, latitanti, evasi (art. 25-*bis* del d.l. n. 306/1992 come modificato dal d.l. n. 374/2001); allo svolgimento di indagini da parte di agenti sotto copertura, il cui esame dibattimentale può essere eseguito in videoconferenza (e, in ogni caso, essi forniscono le generalità di copertura *ex* art. 479, comma 2-*bis*, c.p.p.). Peraltro, nel corso del dibattimento è sempre disposto l'esame a distanza delle persone che collaborano con la giustizia e dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., salvo che la presenza non sia assolutamente necessaria (art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.), con conseguente temperamento dei principi di immediatezza e oralità; può essere disposta la partecipazione a distanza dell'imputato detenuto (art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.), con le relative difficoltà nell'esercizio pratico del diritto di difesa.

Vi sono poi disposizioni che, pur non rientrando nell'alveo del doppio binario, sono state introdotte da vari atti legislativi succedutisi in materia di contrasto al terrorismo, concernenti il potere della polizia giudiziaria di fermare fino a 24 ore persone nei cui confronti sono svolte le indagini o in grado di riferire sui fatti, ed effettuare prelievi di saliva o capelli, ai fini d'identificazione (art. 349 c.p.p. modificato dal d.l. n. 144/2005, il cui art. 10 lo rende applicabile anche ai casi di cui all'art. 11 del d.l. n. 59/1978); o, ancora, vi è la normativa in materia di collaboratori di giustizia (che è stata introdotta dall'art. 2 del d.l. 144/2005, rubricato «Permessi di soggiorno a fini investigativi»).

In tutti questi casi si riscontrano delle ipotesi di estensione ai casi "normali" di misure pensate in situazioni di "emergenza", a riprova del *leitmotiv* del presente lavoro, vale a dire il rischio di vedere l'intero sistema normativo abbassarsi al livello delle misure emergenziali.

Quello che accade, infatti, è che il terrorismo – così come ogni altro «fenomeno» criminale che determina una vasta produzione normativa *ad hoc* – non è più considerato semplice elemento della fattispecie. Esso comincia a rappresentare, piuttosto, un *occasio legis*, vale a dire «l'argomento politico idoneo a giustificare politiche criminali pensatamente compromissorie delle libertà, con la conseguenza che, esauritosi il fatto di terrore la compressione della libertà permarrà perché il terrorismo non è entrato a far parte degli elementi essenziali della fattispecie»⁷⁴.

La conseguenza inevitabile è, purtroppo, un processo penale meno garantito rispetto al suo paradigma ordinario, con l'imputato spesso in stato detentivo, con tempi compressi per la difesa, con limitazioni al diritto di svolgere un controesame efficace degli operatori sotto copertura e dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p.: caratteristica del sistema del c.d. "doppio binario" è proprio quella di innestarsi su un procedimento "ordinario" gravemente snaturato da interpretazioni giurisprudenziali che tendono a ridurre le garanzie individuali e ad ampliare i poteri discrezionali degli organi inquirenti, fino a farli diventare, addirittura, arbitrari.

⁷³ Corte cost., sent. n. 231/2011, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁴ Si veda M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, cit., p. 190 e ss., il quale richiama le parole di G. DE MINICO, in *Costituzione. Emergenza e terrorismo*.

In quest'ambito, poi, le intercettazioni costituiscono il primo atto di indagine palese piuttosto che un mezzo per la prosecuzione delle indagini, il che dimostra implicitamente l'esistenza di attività di *intelligence*⁷⁵ e di prevenzione pregresse; sono ammesse, tra l'altro, forme di intercettazione, ispezione e perquisizione mediante i c.d. *trojan horse*⁷⁶, installati sui dispositivi di moderna generazione; è ammessa la videosorveglianza nel domicilio se ha ad oggetto comportamenti comunicativi, con ciò ledendo gli artt. 14 e 15 Cost.; nel caso di perquisizioni incostituzionali, abbastanza frequenti nella prassi, vige il principio del *male captum bene retentum*⁷⁷, con uno svuotamento quasi totale della portata garantista degli artt. 13 e 14 Cost.⁷⁸

Quanto al trattamento penitenziario, i reati commessi con finalità di terrorismo sono compresi nell'elenco di cui all'art. 4bis, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario, nel quale è previsto il divieto di concessione di benefici penitenziari, l'inapplicabilità dell'art. 656, comma 5, c.p.p., e la possibilità di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento ex art. 41bis della legge sull'ordinamento penitenziario. Inoltre, è proprio sul sistema delineato dall'art. 4bis della legge sull'ordinamento penitenziario che urge effettuare qualche riflessione. Tale norma è, infatti, emblematica di come le situazioni di emergenza possano influenzare il diritto penale e, nel caso di specie, la legislazione penitenziaria: questi infatti hanno storicamente vissuto, subendone i condizionamenti, durante le stagioni di "attacco allo Stato", prima l'epoca del terrorismo interno, poi delle stragi di mafia, successivamente quella del terrorismo internazionale. È evidente che la gestione di tali «fenomeni» criminali, a partire dal 1992, ha determinato una risposta rigida da parte dello Stato su due diversi livelli, quello normativo e quello organizzativo. In primo luogo, il legislatore introdusse e modificò, rispettivamente tramite le leggi n. 203/91 e n. 356/92, la disciplina dell'art. 4bis e 58quater della legge sull'ordinamento penitenziario, i quali inibiscono ovvero ritardano l'accesso ai benefici premiali attraverso un complesso sistema di preclusioni fondato su un "meccanismo di presunzione di pericolosità sociale".

In secondo luogo, sul piano organizzativo, la risposta dello Stato ai fenomeni criminali ed emergenziali di tipo mafioso degli anni '90 fu di elevare i livelli di ordine e sicurezza pubblica

⁷⁵ Sul punto si v., più approfonditamente, D. CURTOTTI, *Procedimento penale e intelligence in Italia: un'osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2018, p. 435 e ss.

⁷⁶ Si veda M. A. SENOR, *Come funzionano i trojan di Stato? Analisi delle nuove norme e indicazioni operative*, in *www.altalex.com*, 22 gennaio 2018, la quale, innanzitutto, osserva che l'utilizzo dei trojan a fini investigativi penali è stato introdotto e disciplinato dal decreto legislativo n. 216 del 29 dicembre 2017, emanato dal Governo in attuazione della Legge delega 103/2017, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* l'11 gennaio 2018. Secondo tale previsione normativa «i captatori informatici - di cui non viene fornita la definizione - potranno essere inoculati solo su dispositivi elettronici portatili ed usati solo come strumento per effettuare intercettazioni ambientali. Il loro utilizzo, per i delitti previsti all'art. 51, comma 3-bis e quater c.p.p. (reati associativi e con finalità di terrorismo) sarà sempre consentito senza alcuna limitazione, mentre per gli altri reati di cui all'art. 266 c.p.p. (ovverosia tutti quei reati per cui sono ammesse le intercettazioni), l'utilizzo dei captatori nei luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.) sarà consentito solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa ed il Giudice, nel decreto autorizzativo, dovrà indicare i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono da remoto».

⁷⁷ Si tratta del brocardo latino che può essere reso in italiano come il principio secondo il quale, sebbene acquisita illegalmente, la prova è utilizzabile.

⁷⁸ Le pronunce della Corte costituzionale, sotto questo aspetto, sembrano avallare prassi investigative non del tutto ortodosse, piuttosto che preservare la portata garantista della Costituzione. Ad esempio, proprio per consentire forme di limitazione all'invio di inviolabilità del domicilio ulteriori rispetto a quelle già indicate nel testo fondamentale, si veda Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it.*, in cui si è affermato che il ristretto novero di atti limitativi di cui all'art. 14 Cost. «ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'invio di inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi». Tuttavia, la suddetta interpretazione avrebbe l'effetto di rendere del tutto inoperante l'art. 14, comma 1, Cost. e, conseguentemente, il domicilio sarebbe sempre violabile previo soddisfacimento della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

attraverso l'apertura di carceri di massima sicurezza e la creazione di un sistema penitenziario differenziato in circuiti, al fine di isolare i detenuti per reati strettamente collegati alla criminalità organizzata. Parimenti, fu dato corso all'applicazione dei regimi differenziati previsti dagli artt. 14bis e 41bis della legge sull'ordinamento penitenziario, quali strumenti di sicurezza penitenziaria improntati ad una gestione più rigida, ristretta e contenitiva di quei detenuti classificati, rispettivamente, estremamente pericolosi per l'ordine e la disciplina ovvero espressione dell'attualità del vincolo associativo di tipo mafioso. Se si considera, inoltre, che l'unico modo per evitare trattamenti sanzionatori e penitenziari così rigidi - previsti per i reati di cui alla norma in questione - è la collaborazione con la giustizia, degne di piena condivisione appaiono le parole di G. Insolera, secondo cui si è di fronte ad «un diritto penale che esigendo una condanna senza riserva del fenomeno, non mette in conto l'assoluzione dell'accusato, se non come conseguenza di una resa o di una collaborazione con l'accusatore».

3.2- Risposta dell'ordinamento francese

Con sguardo comparatistico, occorre, poi, analizzare le reazioni di un altro ordinamento giuridico, quello francese, all'indomani di uno degli attentati terroristici più drastici degli ultimi anni. Al di là delle conseguenze pericolose che ne sono derivate sul piano legislativo, ciò che maggiormente colpisce sono i concetti di «guerra» e di «nemico», adoperati dall'ordinamento preso in considerazione – così come era stato fatto negli Stati Uniti con la celebre sigla *Global war on terrorism*, in occasione degli attentati dell'11 settembre 2001 – per riferirsi alla repressione di tali crimini, che, per quanto abominevoli, restano pur sempre reati da punire con gli strumenti del diritto.

Illuminanti, in tal senso, sono state, ancora una volta, le condivisibili parole di Baudrillard, il quale, brillantemente, osserva che: «[...] Dal momento che gli Stati non possono più farsi la guerra o distruggersi l'un l'altro, si rivolgono quasi automaticamente verso il proprio popolo o il proprio territorio, in una sorta di guerra civile, intestina, dello Stato contro il proprio riferimento naturale. [...]». A cui si aggiunga la considerazione in base alla quale il riferimento alla guerra e il ricondurre il terrorismo jihadista ad uno Stato (il cosiddetto “Stato islamico”) costituiscono un grave errore strategico: infatti, appellare come «“Stato” [...] un'organizzazione terroristica e “guerra” l'azione di difesa e neutralizzazione nei suoi confronti, equivale ad annullare l'asimmetria tra istituzioni politiche e criminalità e a generare tra esse un'assurda simmetria, la quale abbassa le prime al livello della seconda o – che è lo stesso – innalza la seconda al livello delle prime [...]»⁷⁹.

Peraltro, non può parlarsi di «guerra» – tecnicamente intesa come lo scontro tra soggetti della comunità internazionale, implicante l'uso della forza, regolato dal diritto internazionale – dal momento che essa si configura come un rapporto di diritto internazionale e non può esservi guerra contro l'*Isis*, proprio perché esso è un soggetto che non è riconosciuto dalla comunità internazionale né potrebbe essere riconosciuto come tale in quanto il *terrorismo* mette in discussione l'idea stessa della comunità internazionale cui vuole sostituire un ordine teocratico globale⁸⁰.

⁷⁹ Tale condivisibilissima considerazione è di L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, relazione svolta al Seminario su Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali, Pisa, in www.questionegiustizia.it, 11-12 marzo 2016, p. 2 e 3.

⁸⁰ Proprio per questi motivi gli attentati subiti dalla Francia non possono essere considerati come atti di guerra: essi, infatti, sono veri e propri atti di terrorismo, in quanto riconducibili alla definizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), della “Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo”, stipulata a New York il 9 dicembre 1999 e ratificata dalla Francia in forza della legge n. 2001-1118 del 28 novembre 2001. Tale disposizione qualifica come terroristico: «Ogni altro atto finalizzato a uccidere o ferire gravemente un civile, o ogni altra persona che non partecipi direttamente alle ostilità in caso di conflitto armato, allorché, per la sua natura o il suo contesto, questo atto miri ad

Tornando a porre la nostra lente di ingrandimento sulle reazioni degli ordinamenti al «fenomeno» e, in particolare, sulla risposta dell'ordinamento francese in uno dei momenti più drammatici della sua storia contemporanea, bisogna notare che ciò che avvenne concretamente in Francia, all'indomani degli attentati del novembre 2015, fu, innanzitutto, il ricorso alla legge sullo stato d'urgenza e, in secondo luogo, la proposta di una revisione costituzionale.

Specificamente, attraverso lo stato d'urgenza⁸¹, previsto nell'ordinamento francese dalla l. n. 55-385 del 1955, si realizzava uno stato di eccezione che permetteva alle autorità di governo di prendere provvedimenti restrittivi delle libertà di circolazione e soggiorno e di riunione, e di limitare la libertà di stampa. Tuttavia, in considerazione della forte compressione delle libertà costituzionali che esso comportava, la legge del 1955 prevedeva che lo stato d'urgenza potesse essere dichiarato solo con una legge che ne determinasse la durata e le modalità di applicazione e soltanto un'altra legge avrebbe potuto prorogare la durata.

Questo stato d'urgenza, così strutturato, dunque, a fronte degli attentati del 13 novembre 2015, venne dichiarato con tre decreti, con i quali, riprendendo le disposizioni della legge del 1955, venne attribuito ai prefetti il potere di limitare la libertà di circolazione e soggiorno; fu permesso al ministro degli interni di disporre il soggiorno obbligato nei confronti di persone ritenute sospette ed il sequestro di tutte le armi detenute sul territorio interessato dalla dichiarazione; fu consentito alle autorità di polizia di procedere a perquisizioni ed ispezioni domiciliari.

Oltretutto, la legge 2015-1501 del 20 novembre del 2015, che intervenne per prorogare tale stato d'urgenza per altri tre mesi, non si limitò solo alla proroga, ma intervenne anche sulla disciplina della legge del 3 aprile 1955. Essa, infatti, in primo luogo, introdusse nuovi strumenti repressivi: modificò la disciplina delle perquisizioni domiciliari e prevede che le autorità di polizia potessero procedere alla acquisizione dei dati contenuti nei dispositivi informatici eventualmente trovati nel locale perquisito; aggiornò la disciplina dell'assegnazione al soggiorno obbligato e dispose che la persona soggetta alla misura potesse essere costretta a restare presso un luogo di dimora indicato dal ministro degli interni per un periodo massimo giornaliero di dodici ore, che essa potesse essere obbligata a presentarsi alle autorità di polizia fino a tre volte al giorno e che le potesse essere vietato frequentare determinate persone; introdusse la previsione dello scioglimento, con decreto del Consiglio dei ministri, delle associazioni e dei gruppi che avessero compiuto azioni che minacciassero l'ordine pubblico o che avessero favorito o incitato azioni di questo tipo.

Quello che può facilmente considerarsi, tuttavia, è che tale disciplina delle misure che il Governo e le autorità di polizia possono adottare durante lo stato d'urgenza rappresenti, evidentemente, una forte limitazione delle libertà costituzionali dei cittadini francesi.

Peraltro, l'aspetto più problematico di tale disciplina è risultato essere l'assenza di uno stretto rapporto tra l'adozione di tali misure e i presupposti di fatto che hanno condotto alla dichiarazione dello stato

intimidire una popolazione o a costringere un governo o una organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere una qualsiasi azione».

⁸¹ L'istituto dello stato d'urgenza è stato introdotto nell'ordinamento francese dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, con la quale il legislatore voleva predisporre i mezzi necessari per contenere l'insorgenza delle attività di sabotaggio e le azioni armate condotte in Algeria dal FLN. Lo stato d'urgenza ha, poi, riguardato le vicende nella Nuova Caledonia, e le proteste che si diffusero nel 2005, in tutta l'area delle banlieues parigine per poi estendersi anche ad altri centri urbani. Sul punto, si v. abbondantemente M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online*, fasc. III, 14 dicembre 2015, p. 822 e ss.; S. THENAULT, *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007/1, p. 63 e ss.; G. LEBRETON, *Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, p. 90 e ss.; B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL, L. ROUBAN, *Chronique de l'administration*, in *Revue française d'administration publique*, 2005/4; D. PALMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in *Osservatorio Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 3/2020, 2 giugno 2020, p. 308 e 309.

d'urgenza. Infatti, nonostante i decreti del 14 novembre fossero stati adottati per fronteggiare il pericolo di attentati terroristici, la legge che ne ha prorogato gli effetti autorizzava, di fatto, ad utilizzare le misure di polizia per ogni tipo di minaccia, reale o presunta, all'ordine pubblico. Pertanto, le autorità di pubblica sicurezza hanno potuto disporre delle misure restrittive di cui all'art. 6 della legge del 1955, relative al soggiorno obbligato, anche in relazione a vicende del tutto estranee al pericolo di attentati terroristici di tipo *jihadista*: si pensi, per l'appunto, al caso della ventunesima conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, svoltasi a Parigi dal 30 novembre all'11 dicembre 2015, in occasione della quale le autorità di polizia hanno disposto assegnazioni al soggiorno obbligato di diversi militanti ecologisti.

È evidente, pertanto, la conseguenza per cui la sospensione del godimento dei diritti costituzionali è risultata generalizzata. Chiaramente, questa generalizzata compressione dei diritti, determinata dalla dichiarazione dello stato d'urgenza, comportò l'inevitabile interrogativo circa la sua conformità sia in relazione alla CEDU sia in relazione alla Costituzione. In particolare, il Governo francese il 25 novembre 2015, conscio del contrasto tra le norme della legge del 3 aprile 1955 (come novellata dalla legge 2015-1501 del 20 novembre 2015) e la disciplina della CEDU, comunicò al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, la sua intenzione di applicare l'art. 15 della stessa convenzione⁸². Tuttavia, la stessa comunicazione della decisione di derogare alla CEDU, in applicazione del suo art. 15, non risolse del tutto le questioni di convenzionalità che si sarebbero potute porre sullo stato d'urgenza, soprattutto in relazione alla mancanza di un nesso tra i presupposti di fatto che ne giustificano la dichiarazione ed i provvedimenti particolari che le autorità di polizia possono adottare. È di chiara evidenza che gli attentati di Parigi e la presenza di cellule terroristiche sul suolo francese abbiano rappresentato un pericolo per la vita della nazione, tuttavia, seguendo questo ragionamento, le deroghe alla garanzia dei diritti costituzionali avrebbero dovuto essere giustificate soltanto per affrontare quel determinato pericolo.

Quanto ai profili problematici dello stato d'urgenza in relazione alla Costituzione francese, essi si riverberarono con riguardo alla legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015, che avrebbe potuto essere oggetto di un controllo preventivo da parte del *Conseil constitutionnel* in due ipotesi distinte: nel caso in cui l'opposizione avesse formulato una *lettre de saisine* per ostacolarne l'approvazione; oppure nel caso in cui i soggetti istituzionali di maggioranza (Presidente della Repubblica, Primo ministro o Presidenti delle Camere) avessero voluto darle le coperture di una pronuncia favorevole del giudice costituzionale. Tuttavia, l'opposizione non volle assumersi la responsabilità di rompere il fronte di unità nazionale, sul quale tutti i partiti politici si erano da subito schierati. Quindi, benché gli organi politici fossero, in un certo senso, consapevoli che la legge che avevano introdotto ed approvato potesse presentare dei profili di incostituzionalità, essa fu comunque accolta con grande entusiasmo, a riprova di una posizione «coerente con la concezione francese dei rapporti tra legalità e costituzionalità, tra poteri costituiti e potere costituente: quando il popolo si esprime direttamente o quando le istituzioni politiche riescono ad integrare l'unità della nazione possono assumere decisioni che non incontrano il limite normativo della rigidità costituzionale⁸³». Tuttavia, pare lecito chiedersi fino a che punto ogni decisione politica assunta dalla nazione nella sua unità possa essere, in ogni caso, ricondotta all'alveo del costituzionalismo e, soprattutto, se, in una società fondata sulla Costituzione, non dovrebbe proprio in quest'ultima ricercarsi la garanzia della separazione dei poteri e della tutela dei diritti.

⁸² Sul punto cfr. G. GONZALEZ, *L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, p. 93 e ss.

⁸³ Tale considerazione è di M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, cit., p. 829.

Al di là del ricorso alla legge sullo stato d'urgenza, in Francia, per effetto degli attentati del 2015, venne proposta anche una riforma costituzionale⁸⁴. Infatti, la dichiarazione del Presidente Hollande del 16 novembre 2015 sulla necessità di procedere ad una revisione costituzionale per combattere la “guerra” al terrorismo ebbe seguito in un progetto di legge costituzionale. Quest'ultimo prevedeva l'inserimento di due nuovi articoli nel testo della Costituzione francese: uno riguardante la costituzionalizzazione dello stato d'urgenza, l'altro relativo alla decadenza dal diritto di cittadinanza. Lo scopo, dunque, era, essenzialmente, quello di incidere sui due temi ritenuti strategici per la “guerra” al terrorismo: la disciplina degli stati di eccezione e la disciplina della decadenza dal diritto di cittadinanza. La costituzionalizzazione dello stato d'urgenza avrebbe comportato come conseguenza l'affievolimento delle possibilità di controllo da parte del giudice costituzionale. Inoltre, si consideri poi che l'art. 36-1 Cost. proposto da Hollande introduceva l'ulteriore misura di uscita progressiva dallo stato di urgenza, disponendo che, una volta che questo fosse cessato, le autorità di polizia avrebbero potuto utilizzare ancora per sei mesi le misure disposte durante la sua vigenza e introdurre altre di carattere generale, laddove vi fosse stato il pericolo di atti di terrorismo. In tal modo, sarebbe stata attribuita al Presidente della Repubblica e al Governo la possibilità di prolungare indefinitamente lo stato d'urgenza. Inoltre, il progetto di riforma costituzionale si ripropose di inserire nel testo della Costituzione anche l'art. 3-1, il quale prevedeva, appunto, la decadenza dalla cittadinanza francese, riprendendo, in parte, la disciplina della perdita dello status di cittadino stabilita dall'art. 25 del codice civile francese.

Questa proposta di revisione costituzionale, poi non andata buon fine a causa delle spaccature createsi, sul punto, nel Parlamento francese, ha rappresentato, peraltro, un tentativo di normalizzazione dell'emergenza, vale a dire una delle conseguenze più pericolose del passaggio dal «fatto» al «fenomeno»: l'estensione di scelte adottate in situazioni di emergenza alla gestione ordinaria di questioni comuni⁸⁵.

Ma gli effetti della “reazione” agli attentati d'oltralpe, com'era prevedibile, non si esaurirono nel 2015.

Lo stato d'urgenza francese del 2015, infatti, è stato confermato e prorogato più volte⁸⁶ fino al 1° novembre 2017, quando è stato sostituito, sotto la Presidenza Macron, dalla nuova legge antiterrorismo, la n. 1510 del 30 ottobre 2017 (*Loi de sécurité intérieure et de lutte contre le terrorisme – SILT*).

Di fatto, proprio per il tramite del ricorso alla dichiarazione dell'*état d'urgence*, dal 14 novembre 2015 al 22 settembre 2017, furono eseguite poco più di quattromila perquisizioni domiciliari amministrative, che portarono all'apertura di circa seicento procedimenti giudiziari, di cui soltanto una ventina per apologia del terrorismo e quattro per vera e propria associazione con finalità di terrorismo. E il discorso può dirsi non diverso in relazione a ciò che è accaduto a seguito dell'uscita,

⁸⁴ Il testo del progetto di riforma costituzionale è stato ripreso da M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online*, fasc. III, 14 dicembre 2015, p. 829, il quale a sua volta riportava tale testo dal quotidiano *Le Monde*.

⁸⁵ Si tengano a mente anche le condivisibilissime considerazioni di M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, cit., p. 834, secondo cui la proposta di revisione costituzionale, avanzata per fronteggiare l'emergenza terroristica, laddove fosse andata in porto, avrebbe rappresentato la sintesi drammatica della fine di un modello culturale o, per meglio dire, «la fine del mito francese dello spirito repubblicano capace di plasmare la nazione superando ogni differenza di origine, di ceto sociale, di orientamento religioso».

⁸⁶ Lo stato d'urgenza è stato proclamato e prolungato dalle le seguenti leggi: l. 1501 del 20 novembre 2015, di altri tre mesi a partire dal 26 novembre 2015; l. 162 del 19 febbraio 2016, di altri tre mesi a partire dal 26 febbraio 2016; l. 629 del 20 maggio 2016, di altri due mesi a partire dal 26 maggio 2016; l. 87 del 21 luglio 2016, di altri sei mesi a partire dal 26 luglio 2016 (stato d'urgenza che si sarebbe dovuto concludere il 26 luglio ma che venne prolungato di altri 6 mesi a seguito degli attentati di Nizza del 14 luglio); l. 1767 del 19 dicembre 2016, fino al 15 luglio 2017.

soltanto formale, dallo stato d'urgenza e dell'entrata in vigore della nuova legge antiterrorismo. Specificamente, questa nuova legge prevede modifiche e integrazioni al codice di sicurezza interna. In primo luogo, tra gli interventi più pregnanti voluti da tale intervento normativo, viene in rilievo l'art. 1 del medesimo, che ha sancito la possibilità per le autorità amministrative di istituire un perimetro di protezione attorno a qualsiasi evento o luogo per regolare l'accesso e la circolazione delle persone.

Quanto, invece, ai luoghi di culto, la nuova legge ha consentito di chiuderli per un massimo di sei mesi, laddove «*les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination*» o, ancora «*provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes*».

Inoltre, una prima differenza, rispetto a quanto previsto nel precedente stato d'eccezione, la si può cogliere in relazione alla misura del soggiorno obbligato: infatti, mentre nello stato d'emergenza era prevista la possibilità di ricorrere a quest'ultima, con la nuova legge antiterrorismo sono state predisposte varie misure che il Ministro dell'Interno può adottare nei confronti di alcuni soggetti, una volta informato il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Parigi e il procuratore della Repubblica territorialmente competente. Tra queste, adottabili dal Ministero dell'Interno, rientrano: l'obbligo di non allontanarsi da un perimetro determinato geograficamente e di grandezza non inferiore a un comune, l'obbligo di presentarsi alla polizia una volta al giorno e, infine, l'onere di dichiarare il luogo di residenza e le eventuali modificazioni alle autorità amministrative competenti.

Peraltro, tali misure possono essere adottate in presenza del medesimo requisito che era necessario per l'adozione del soggiorno obbligato nello stato di emergenza: vale a dire, quando vi siano serie ragioni di ritenere che il comportamento di questi soggetti possa costituire una grave minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. La legge del 2017, oltretutto, ha aggiunto che queste misure sono adottabili anche quando tali soggetti siano in contatto in maniera abituale con persone o organizzazioni che incitano, agevolano o partecipano ad atti di terrorismo.

Anche il regime delle perquisizioni è stato riformato dall'articolo 4 della legge n. 1510. Invero, se nella vigenza dello stato d'urgenza le perquisizioni domiciliari potevano essere disposte dalle autorità amministrative di giorno e di notte, in qualsiasi luogo, sulla base di «*raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitué une menace pour la sécurité et l'ordre publics*», con la nuova legge esse devono necessariamente rispettare limiti più stringenti.

In primis, le perquisizioni o i sequestri di documenti al fine di prevenire la commissione di atti di terrorismo vengono disposti dal giudice delle libertà, sulla base di una richiesta motivata presentata dalle autorità amministrative e previo parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale di Parigi, qualora vi siano - serie ragioni di ritenere che il luogo della perquisizione sia frequentato da una o più persone il cui comportamento costituisca una minaccia particolarmente grave per la sicurezza e l'ordine pubblico o che siano in contatto in maniera abituale con persone o organizzazioni che incitano, agevolano o partecipano ad atti di terrorismo. La decisione di ordinare una perquisizione, fra l'altro, deve indicare ora e luogo ed essere svolta alla presenza di un ufficiale di polizia giudiziaria; ancora, il procuratore della Repubblica presso il tribunale di Parigi e quello territorialmente competente devono esserne informati. La legge del 2017 ha previsto finanche un limite temporale, prima inesistente: le suddette operazioni di perquisizione e di sequestro non possono avere inizio prima delle sei e devono terminare entro le ventuno, salva autorizzazione espressa da parte del giudice delle libertà, fondata sull'urgenza o la necessità dell'operazione. Infine, la subentrata legge antiterrorismo francese ha previsto nuovi poteri per i servizi di intelligence in materia di intercettazioni e sorveglianza elettronica.

A margine, si può poi considerare che la normativa, a dispetto di così intrusive misure preventive e repressive, dedica poca attenzione ad uno dei problemi principali – e su cui maggiormente occorre

riflettere in sede legislativa - legati al terrorismo di matrice islamica: la radicalizzazione. In particolare, la normativa appare monca in relazione ad un fondamentale crocevia della radicalizzazione in Francia: le carceri. In effetti, nel sistema penitenziario francese è previsto che, nel rispetto del principio di laicità, il referente spirituale musulmano del penitenziario non possa contattare di sua iniziativa i detenuti, per evitare il “proselitismo”. Ciò, chiaramente, facilita la possibilità per i detenuti di rinvenire o “creare”, all’interno del carcere stesso, l’imam che preferiscono; cosa che, a sua volta, favorisce la radicalizzazione⁸⁷.

Alla luce del panorama delineato, si desume facilmente come il legislatore francese abbia voluto intervenire sullo stato d’urgenza che, benché inizialmente dichiarato per rispondere ad esigenze eccezionali con strumenti altrettanto eccezionali, ha finito con l’essere prorogato svariate volte, venendo meno, così, alla sua medesima *ratio*⁸⁸.

Ciò che, tra i tanti aspetti, ha suscitato le maggiori critiche è stato indubbiamente l’apparato di interventi limitativi della libertà personale – in particolare, l’assegnazione a residenza e le perquisizioni domiciliari diurne e notturne -, disposti sulla base non di un accertamento, bensì di serie ragioni per cui si ritiene che possano essere messe in pericolo la sicurezza e l’ordine pubblico, senza alcuna autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria⁸⁹. Ed è qui che torna ancora una volta, prepotentemente, il tema dell’accertamento del «fatto» che si dissolve a favore di una lotta assolutistica contro il «fenomeno». La piega pericolosa, sul piano dei diritti fondamentali, che questi interventi avevano preso ha fatto sì che, con la nuova legge antiterrorismo, la disciplina della perquisizione domiciliare venisse modificata.

Dunque, atteso che, nella vigenza dello stato di emergenza, tali misure potevano essere disposte direttamente da autorità amministrative facenti parte, direttamente o indirettamente, del potere esecutivo, senza la necessità di un’autorizzazione o di una convalida da parte dell’autorità giudiziaria, ma solo informando il pubblico ministero, con la legge n. 1510 del 2017, il provvedimento in questione, richiesto dalle autorità amministrative, deve essere adottato dal giudice competente, previo parere del pubblico ministero.

Tuttavia, benché in questo modo sembrava essersi posto rimedio ad uno dei tanti problemi posti dalla disciplina precedente, altre misure previste dalla nuova legge – quali, ad esempio, quelle previste dall’art. 1 - venivano comunque adottate direttamente da autorità amministrative, solo previa informazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale di Parigi e a quello territorialmente competente. È chiaro, dunque, che lo spostamento della competenza dall’autorità giudiziaria a quella amministrativa, che fondamentalmente permane anche dopo il recente intervento legislativo, non possa ritenersi accettabile in uno Stato di diritto, neppure quando risulti necessaria in nome della tutela della sicurezza del Paese.

Altro aspetto che ha destato non poca preoccupazione è che non vi sono limiti temporali alla legge: lo stato d’urgenza, da strumento temporaneo, ha finito per insediarsi in maniera permanente nel tessuto dell’ordinamento francese per il tramite di questa legge. In questa maniera, infatti, il rischio della “normalizzazione” di misure eccezionali, con la conseguente perdita dei caratteri fondanti uno Stato di diritto, diventa una realtà concreta. Ciò viene in luce soprattutto in relazione ai requisiti necessari per l’adozione delle misure in commento: non è previsto alcun accertamento, ma è

⁸⁷ Sul punto si v. M. PUGLIESE, *Francia: la nuova legge antiterrorismo di Macron*, in *Istituto per gli studi di politica internazionale*, www.ispionline.it, 13 novembre 2017.

⁸⁸ Tale circostanza è stata evidenziata, con grande preoccupazione, anche da Amnesty International, in un suo rapporto del 4 febbraio 2016. Si v. Amnesty International, *Des vies bouleversées. L’impact disproportionné de l’état d’urgence en France*, 2016, in www.amnesty.org.

⁸⁹ Queste gravi lacune sono state evidenziate anche dinanzi al *Conseil Constitutionnel*, il quale, però, ha ribadito la compatibilità di tali misure con la tutela dei diritti fondamentali imposta dall’impianto costituzionale.

sufficiente una valutazione compiuta, nella maggior parte dei casi, da un'autorità amministrativa. Si realizza, così, un allarmante abbassamento della soglia indiziaria per intervenire con misure di prevenzione.

In definitiva, dunque, in relazione a questa legge, sorge spontaneo domandarsi se lo stato d'emergenza sia effettivamente cessato oppure se esso e i suoi conseguenti poteri emergenziali siano semplicemente divenuti permanenti sotto le vesti di una legge ordinaria⁹⁰.

Da ultimo, dopo i recentissimi attentati avvenuti in Francia alla fine del 2020 – si fa riferimento, in particolare, alla decapitazione del professore Samuel Paty e all'attentato di Nizza, all'interno della basilica di Notre-Dame –, nel dicembre dello stesso anno il Consiglio dei ministri francese ha approvato un disegno di legge “a sostegno dei principi della Repubblica”. Benché dal testo della legge sia stato espunto qualsiasi riferimento diretto al termine “islamismo”, è ovvio che l'intenzione del governo sia quella di affrontare il problema dell'islamismo radicale, così come era stato chiarito dallo stesso presidente francese, Emmanuel Macron, che, già nell'ottobre del 2020, aveva preannunciato una nuova legge contro il “separatismo” religioso che puntasse a liberare il Paese dall'islamismo radicale⁹¹.

Tale progetto di legge, oltre ad aver ad oggetto tematiche quali l'istruzione e la vita delle comunità religiose⁹² – dirigendo, finalmente, lo sguardo verso una strada “extrapenale” nella lotta contro il terrorismo, sostanzialmente volta all'integrazione soprattutto in un Paese, come la Francia, con una densissima comunità musulmana e con un passato coloniale di non poco conto –, prevede anche una nuova ipotesi di reato, quello «di messa in pericolo della vita altrui attraverso la diffusione di informazioni relative alla vita privata, familiare e professionale di una persona che permettono di identificarla o di localizzarla». Propone, infine, anche di perseguire gli autori di minacce, violenze e intimidazioni per motivi religiosi: la misura in questione intende, ad esempio, tutelare il personale ospedaliero quando un marito richieda che la moglie venga visitata da un medico donna.

Nonostante i nobili intenti a cui sembrerebbe ispirato questo disegno di legge - vale a dire, tutelare coloro che credono nell'Islam e siano a pieno titolo cittadini della Repubblica, liberare l'Islam francese dalle influenze dell'estremismo ed eliminare quel separatismo creatosi in alcune aree del Paese –, tuttavia, non si può fare a meno di notare che tale progetto normativo giunge, in maniera contestuale, ad un'altra controversa proposta di legge: quella sulla sicurezza globale, volta a rafforzare i poteri della polizia municipale anche tramite l'utilizzo di droni e videocamere e, indirettamente, attraverso limitazioni sulla diffusione di immagini ritraenti i poliziotti.

Proprio questa proposta di legge sulla sicurezza globale – da notare, già, il gigantismo da cui è affetta la sua stessa denominazione – ha monopolizzato il dibattito pubblico e suscitato numerose proteste, oltre ad aver ricevuto critiche anche da parte dell'ONU⁹³.

⁹⁰ Secondo M. PUGLIESE, La legge antiterrorismo in Francia: un bilancio due anni dopo, in *Istituto per gli studi di politica internazionale*, www.ispionline.it, 6 novembre 2019, il giudizio più negativo a questa legge arriva da Amnesty International, che in un rapporto pubblicato il 22 novembre 2018 definisce la legge n. 1510 ingiusta, onnipotente, intrusiva e discriminatoria. In particolare, viene criticato il trasferimento di poteri dall'autorità giudiziaria a quella amministrativa, che secondo l'organizzazione avrebbe creato un sistema giuridico a due livelli, che indaga persone sulla base di criteri vaghi e informazioni riservate non accessibili alla difesa. Il rapporto cita anche una serie di vittime di abusi, che hanno perso il lavoro o sofferto restrizioni alla vita familiare a causa delle misure imposte. In conclusione, sebbene sia ancora presto per giudicare pienamente l'efficacia della legge voluta da Macron, è possibile evidenziare alcune tendenze.

⁹¹ C. GENTILI, *Francia: Macron presenta la legge contro “l'islamismo radicale”*, in *Sicurezza Internazionale*, *Luiss – Osservatorio sulla sicurezza internazionale*, 2 ottobre 2020.

⁹² Tra le iniziative più ambiziose, relativamente al quarto pilastro, Macron ha stabilito che il governo di Parigi imporrà maggiori controlli sulle moschee e garantirà che tutti gli imam che arrivano dall'estero ricevano una formazione in Francia prima di ottenere la certificazione.

⁹³ Si v. C. GENTILI, *Francia: anche l'ONU contesta la nuova “legge sulla sicurezza globale”*, in *Sicurezza Internazionale*, *Luiss – Osservatorio sulla sicurezza internazionale*, 2 ottobre 2020, secondo cui « L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Michelle Bachelet, ha esortato la Francia a ritirare o modificare l'articolo 24 del suo “Global

Lampante, dunque, e allo stesso tempo inquietante, alla luce di questo non casuale accostamento tra i due interventi normativi, appare ancora una volta il ritorno a quel modello di “Stato securitario”, cui inevitabilmente conduce la lotta contro determinati «fenomeni» criminali, a riprova del fatto che questi ultimi - al di là di tutti gli aspetti problematici di cui sopra - molto spesso finiscono per diventare una mera *occasio legis*, funzionale a scopi di ben altra natura.

3.3- Risposta dell'ordinamento UE

Dinanzi ad una sfida costituita dalla peculiarità del terrorismo internazionale di matrice *jihadista*, anche l'Unione Europea, chiaramente, ha offerto le sue tempestive risposte.

Tale peculiarità consiste essenzialmente nelle connotazioni che il «fenomeno» in questione ha assunto nelle sue più recenti evoluzioni: esso, infatti, appare oggi caratterizzato da strutture fluide, cellulari e decentralizzate, che sono tuttavia capaci di operare “a rete”, anche a grande distanza, grazie all'abile uso delle tecnologie informatiche. Proprio in virtù di questa nuova morfologia, tali strutture sono in grado anche di mobilitare le “vocazioni” di singoli individui che perseguono “in proprio” il programma criminoso del gruppo, servendosi di armi rudimentali, improvvisate ed imprevedibili. Con quest'ultimo cenno si fa riferimento ad una particolare declinazione del «fenomeno» terroristico di matrice *jihadista*, vale a dire quello dei c.d. lupi solitari (*lone wolves*).

È evidente, dunque, un cambiamento di strategia, che non è più quella improntata ad una tattica paramilitare, così come avvenuto negli attentati di Parigi e di Bruxelles, ma «di una minaccia più parcellizzata e pervasiva che impone un adeguamento delle strategie di contrasto, tanto sul piano del diritto sostanziale che sul piano della cooperazione internazionale⁹⁴».

È emersa, dunque, l'esigenza di un contrasto coordinato e basato su norme che vadano a realizzare quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, delineato dai Trattati, e a rendere sempre più efficace la cooperazione e la collaborazione tra le agenzie di contrasto e le strutture giudiziarie dei paesi dell'UE.

Peraltro, è evidente che dal fronteggiare questa minaccia, così camaleontica e sfumata, deriva un'ulteriore sfida per le istituzioni dell'Unione e degli Stati membri: posto che il terrorismo prende di mira beni giuridici primari, la cui tutela ha condotto ad una anticipazione dell'intervento penale - tramite fattispecie di pericolo o, in certi casi, mediante l'incriminazione degli atti preparatori o, ancora, il ricorso allo strumento di prevenzione -, tale anticipazione deve, tuttavia, sempre mantenersi nell'alveo del rispetto dei principi generali del diritto penale e dei diritti fondamentali.

Proprio da questo ineludibile ed indispensabile bilanciamento è scaturita l'ulteriore esigenza di costruire una legislazione europea che consentisse, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, di contrastare in maniera più efficace, e contestualmente più garantita, «una minaccia globalizzata e, al tempo stesso, parcellizzata e “mobile”⁹⁵».

Occorre, a questo punto, offrire una breve panoramica sugli interventi dell'Unione Europea in tema di lotta al terrorismo di matrice *jihadista*, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello della cooperazione giudiziaria, prendendo le mosse proprio da quelli relativi alle due più preoccupanti

Security Bill”, volto a impedire la condivisione di immagini che identificano gli agenti di polizia». Tale sezione della legge, infatti, renderebbe punibile con un anno di prigione e una multa di circa 45.000 euro l'azione di “pubblicare, con qualsiasi modalità e con qualsiasi strumento, il volto o qualsiasi altro elemento identificativo” di un agente di polizia o della gendarmeria “con l'obiettivo di causargli danni fisici o psicologici”.

⁹⁴ C. CHINNICI, *IL TERRORISMO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, TRA ATTUALITÀ E PROSSIME PROSPETTIVE*, Contributo basato sulla relazione tenuta presso il Corso della Scuola Superiore della Magistratura sul terrorismo internazionale, dedicato a Vittorio Occorsio, Corte Suprema di Cassazione, 26 ottobre 2018, in www.cortedicassazione.it.

⁹⁵ C. CHINNICI, *IL TERRORISMO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, TRA ATTUALITÀ E PROSSIME PROSPETTIVE*, cit., p. 3.

estrinsecazioni del «fenomeno», vale a dire le problematiche dei c.d. *foreign fighters* e dei c.d. *lupi solitari*.

Innanzitutto, il 28 giugno 2013⁹⁶, il Consiglio "Giustizia e affari interni" discusse della questione dei combattenti stranieri e dei combattenti di ritorno nei paesi di origine dalla Siria, sulla base di una relazione preparata dal coordinatore antiterrorismo dell'UE. La relazione individuava, specificamente, quattro settori in cui l'azione dell'UE a sostegno degli Stati membri avrebbe potuto essere importante e cioè: la prevenzione, lo scambio di informazioni sull'individuazione e la rilevazione degli spostamenti, la risposta sul piano della giustizia penale e la cooperazione con i paesi terzi.

Nell'ottobre del 2014, poi, il Consiglio progettò ulteriori misure nei confronti dei combattenti stranieri, attraverso una discussione approfondita, avente ad oggetto i seguenti punti: l'urgenza riguardo alla messa a punto della direttiva PNR⁹⁷ dell'UE, chiedendo al Parlamento europeo di adottare quanto prima la sua posizione sul progetto di direttiva; la necessità di migliorare i controlli alle frontiere esterne dello spazio Schengen; la necessità di migliorare la risposta giudiziaria e, in particolare, di aggiornare la decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo; la necessità di migliorare lo scambio di informazioni, evidenziando il ruolo di Europol ed Eurojust e la necessità di accelerare l'attuazione delle misure esistenti. Sempre nello stesso periodo, il Consiglio adottò una strategia in materia di antiterrorismo e combattenti stranieri incentrata su Siria ed Iraq.

Nel 2015, che è stato definito come l'anno nero per l'Europa⁹⁸, l'Unione si fece cogliere "impreparata", in quanto mancava ancora un'efficace sistema di scambio di informazioni multilaterale tra le competenti autorità dei diversi paesi e, soprattutto, ancora non era stata posta l'attenzione sul problema della radicalizzazione dei soggetti anche attraverso internet.

Chiaramente, gli attacchi terroristici inferti, dal 2015 in poi, al cuore dell'Europa hanno messo in luce determinate lacune, che, secondo alcuni, hanno riguardato i sistemi di sicurezza e di prevenzione nazionali, ma che, a parere di chi scrive, sono carenze inerenti principalmente alla cooperazione e alla armonizzazione delle diverse discipline interne. Infatti, se è vero che un'omogeneità normativa a livello europeo, pur sempre con degli standard di garanzia accettabili, possa contribuire in maniera sensibile ad una repressione più efficace di tali crimini, al tempo stesso implementare sistemi di sicurezza e di prevenzione – già fortemente intrusivi in alcuni degli Stati membri – non si pone sulla stessa scia, posto che una repressione che possa dirsi realmente efficace, non solo nel senso di "effettiva", ma anche in quello di "giusta", deve pur sempre porsi nell'alveo di quei diritti fondamentali su cui l'Unione stessa si fonda.

Tuttavia, dopo il 2015, la nuova evoluzione della strategia europea si è articolata in quattro pilastri: la prevenzione della radicalizzazione di gruppi e individui a rischio; la protezione dei confini dell'UE e delle infrastrutture vulnerabili; il perseguimento dei reati con il rafforzamento dell'apparato di

⁹⁶ Come si legge in F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, Piemme, Milano, aprile 2020, p.52, dai dati forniti da Europol si evince che nell'arco di tempo che va dal 2006 al 2013 la maggior parte «degli attacchi terroristici a paesi europei è stata legata soprattutto a motivi etnonazionali o separatisti» mentre molti di meno sono stati quelli mossi dal fondamentalismo religioso. Tuttavia, dal 2013 in poi, la minaccia terroristica cambia ancora la propria forma, cosa che appare in tutta la sua evidenza negli attentati su larga scala a Parigi, nel 2015, e a Bruxelles, Nizza e Berlino, nel 2016.

⁹⁷ I dati del codice di prenotazione (PNR) sono informazioni personali fornite dai passeggeri che vengono raccolte e conservate dai vettori aerei. Comprendono informazioni quali il nome del passeggero, la data di viaggio, l'itinerario, il posto assegnato, il bagaglio, i dati di contatto e le modalità di pagamento. La direttiva PNR disciplina il trasferimento di tali dati alle autorità di contrasto degli Stati membri e il loro trattamento a fini di prevenzione, accertamento, indagini e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi.

⁹⁸ F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.51 e ss.

giustizia e sicurezza europea e con la previsione di nuovi obblighi di incriminazione che hanno anticipato la soglia di punibilità; il partenariato e il progressivo miglioramento della cooperazione internazionale con la valorizzazione delle agenzie europee e il coinvolgimento del settore privato⁹⁹.

Tra le tappe concrete di questa strategia si segnala, innanzitutto, l'adozione, il 20 aprile 2015, della direttiva e del regolamento circa nuove regole volte a rafforzare il contrasto di riciclaggio di denaro e il finanziamento delle attività terroristiche. Il 25 gennaio 2016, inoltre, è stato istituito il Centro europeo antiterrorismo di Europol (ECTC¹⁰⁰), allo scopo di migliorare la cooperazione e lo scambio di informazioni, con particolare riguardo ai c.d. *foreign fighters*, all'attività di finanziamento del terrorismo e al traffico di armi.

Ancora, il 21 aprile 2016, il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la già menzionata direttiva PNR, sul codice identificativo di prenotazione, con la quale sorge l'obbligo, in capo alle compagnie aeree, di fornire i dati dei passeggeri agli Stati membri, i quali, a loro volta, li possono raccogliere, elaborare, conservare e scambiare con altri Stati membri, sempre in nome della promessa sicurezza pubblica.

Altre due tappe significative di questo percorso si sono avute sempre nel 2016¹⁰¹, quando sono state adottate, ad opera del Consiglio, le conclusioni per migliorare la lotta contro la criminalità sul *cyberspace*¹⁰² e le conclusioni sulla prevenzione della radicalizzazione, attraverso la creazione di reti volte a propagandare alternative non violente all'estremismo *ihadista*.

Si segnala, poi, la direttiva adottata il 15 marzo 2017¹⁰³ dal Parlamento e dal Consiglio. Quest'ultima era volta a rafforzare le già vigenti normative penali sulla lotta al terrorismo ed ampliarne la portata: si è, infatti, previsto con essa di obbligare gli Stati membri ad introdurre specifici reati che coprissero viaggi e spostamenti all'interno o al di fuori dell'UE per scopi di terrorismo o che scoraggiassero il supporto logistico o materiale nella preparazione di attentati. La direttiva in questione ha condotto, dunque, all'introduzione di quattro nuove fattispecie di reato non precedentemente contemplate dalle Decisioni Quadro, vale a dire: la ricezione di addestramento (il c.d. "addestramento passivo"), i viaggi a fini terroristici, l'organizzazione o agevolazione di tali viaggi e il finanziamento del terrorismo. Non si può, a questo punto, far a meno di notare come la normativa italiana, a seguito delle modifiche intervenute con il d.l. 7/2015 (conv. l. 43 del 2015) e la l. 153/2016, di cui si è già ampiamente scritto, risultasse già opportunamente in linea con «i nuovi obblighi di incriminazione europea, dei quali, anzi, è stata in larga misura "anticipatrice"¹⁰⁴».

Senza soffermarci ulteriormente sulle singole nuove fattispecie volute dalla direttiva del 2017, occorre, tuttavia, segnalare che essa, quanto alla definizione dei reati di terrorismo, al pari della Decisione Quadro del 2002, ha adottato una elencazione tassativa degli atti intenzionali che possono assumere rilevanza terroristica, qualora ricorra il dolo specifico della finalità di terrorismo¹⁰⁵.

⁹⁹ Si v. ancora F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.79.

¹⁰⁰ Sigla che sta per *European Counter Terrorism Centre*. Sui ruoli di quest'ultimo si consulti anche www.europol.europa.eu.

¹⁰¹ Specificamente, la prima il 9 giugno 2016; la seconda il 21 novembre 2016.

¹⁰² Sul punto si v. anche www.consilium.europa.eu/media/24300/cyberspace-en.pdf.

¹⁰³ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la Decisione Quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio, GUUE L 88, 31.3.2017, p. 6.

¹⁰⁴ Così com'è stato sottolineato da C. CHINNICI, *IL TERRORISMO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, TRA ATTUALITÀ E PROSSIME PROSPETTIVE*, cit., p. 5.

¹⁰⁵ Il dolo specifico alternativo si individua nella finalità terroristica dell' "intimidire gravemente la popolazione", "costringere indebitamente i poteri pubblici o una organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto" oppure "destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali

Il nuovo testo, tuttavia, nel ribadire tale elencazione, ha ampliato il novero di tali condotte inserendo anche gli attacchi contro i sistemi informatici. Oltretutto, in relazione alle fattispecie associative, la nuova direttiva non ha mutato nemmeno l'obbligo di incriminazione contenuto nella Decisione Quadro del 2002, che già sanzionava la direzione e la partecipazione alle attività di una organizzazione terroristica. Ciò nondimeno, il testo del 2017 ha sostituito all'espressione "organizzazione terroristica" quella di "gruppo terroristico", constatando e confermando una maggiore fluidità dei nuovi sodalizi terroristici e, in particolare, valorizzando la natura dinamica delle forme di partecipazione. In questo modo, si andò ad offrire una copertura normativa a quelle caratteristiche di fluidità e di parcellizzazione che erano già state messe in rilievo, nell'ordinamento italiano, da quella interpretazione, messa a punto da una cospicua parte della giurisprudenza di legittimità¹⁰⁶, sempre più destrutturata della fattispecie associativa in materia di terrorismo.

Altro passaggio fondamentale di questo percorso ideale, chiaramente nei limiti di ciò che in questa sede rileva, è stato costituito dall'adozione del regolamento UE 2019/818 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2019 sul tema dello scambio informativo. Con questo regolamento, infatti, è stato istituito un quadro comune per assicurare l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione giudiziaria, dell'asilo e della migrazione. L'obiettivo di questo ulteriore intervento è stato quello di ottenere una condivisione più semplice delle informazioni, sempre in nome della sicurezza e, in questo caso, anche per «combattere la migrazione illegale»¹⁰⁷, in un binomio – quello terrorismo/immigrazione –, che sempre più si rinviene non solo nella percezione collettiva, ma, com'è evidente, anche nelle strutture normative nazionali e sovranazionali. In definitiva, gli elementi caratterizzanti di questo nuovo assetto normativo sono la creazione di un unico portale di ricerca europeo, che consentirà alle autorità competenti di effettuare ricerche simultaneamente su più sistemi informatici dell'UE, utilizzando sia dati biografici sia biometrici, e un servizio condiviso di abbinamento biometrico che consentirà la ricerca e il confronto di tali dati – impronte digitali e immagini facciali –, anche se provenienti da sistemi diversi.

Sorge spontaneo chiedersi, dunque, quanto il grado di intrusività e di controllo di questi nuovi approcci possa costituire il prezzo da pagare per ottenere una sicurezza assoluta, il cui concetto stesso rappresenta non solo un'utopia difficilmente raggiungibile, ma anche una contraddizione in termini con tutte le libertà fondamentali che ogni stato di diritto dovrebbe garantire. Ergo: si è effettivamente sicuri quando non si è più liberi?

Infine, quanto al ruolo delle istituzioni europee, preme sottolineare che molte sono state le iniziative affinché le indagini in materia di terrorismo venissero condivise con Eurojust¹⁰⁸, posto che il supporto alle autorità giudiziarie dei vari stati membri in materia di terrorismo internazionale è stata una delle priorità dell'organismo negli ultimi anni. Stando a quanto riportato dai dati¹⁰⁹, i risultati più significativi in questo campo operativo sono stati registrati, con una crescita esponenziale, dal 2016 in poi, a fronte, invece, delle pochissime procedure intraprese alla vigilia degli attacchi del 2015. Questo testimonia, evidentemente, un ruolo sempre più centrale e protagonista di tale organismo, che

fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale". Tale definizione della finalità di terrorismo integralmente recepita dall'art. 270-sexies del codice penale.

¹⁰⁶ Si v., *ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. V, 13 luglio 2017, n. 50189 che richiama precedente giurisprudenza della S.C. Cass. Pen. Sez. VI, 12 luglio 2012, Chabchoub, Rv. 253944 e Cass. Pen., Sez. II, 25 maggio 2006, Bouhrama, n. 24994.

¹⁰⁷ Sul punto sempre F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.82.

¹⁰⁸ Stando a quanto riportato da www.e-justice.eu/content_eurojust-23-it.do, Eurojust è «un organismo dell'Unione europea, istituito nel 2002, per stimolare e migliorare il coordinamento delle indagini e azioni penali tra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri dell'Unione europea nella lotta alle forme gravi di criminalità organizzata e transfrontaliera».

¹⁰⁹ Estrapolati da quanto riportato anche da F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.84.

si è servito, principalmente, di squadre investigative comuni (la c.d. Joint Investigation Teams), di riunioni di coordinamento e di centri di coordinamento. Proprio l'utilizzo delle squadre investigative comuni ha permesso alle autorità competenti degli Stati membri che stavano indagando sullo stesso gruppo terroristico di cooperare e di scambiare informazioni, senza dover ricorrere alle procedure più lunghe e formali tipiche delle forme tradizionali di cooperazione giudiziaria – si pensi, ad esempio, alle rogatorie. Con le riunioni di coordinamento, invece, viene offerta alle autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri – e di paesi terzi – la possibilità di scambiare informazioni e predisporre strategie comuni dinanzi a forme di criminalità transfrontaliera. I centri di coordinamento, ancora, si preoccupano di promuovere il sostegno in tempo reale nei giorni di azione congiunta, vale a dire quando devono contestualmente eseguirsi arresti in diversi paesi e quando occorre assicurarsi azioni di controllo immediato su sequestri, arresti, provvedimenti di congelamento¹¹⁰.

È chiaro che funzione vitale e fondante, nel ruolo svolto da Eurojust, risulta essere, essenzialmente, lo scambio delle informazioni, in particolare quelle relative alle azioni penali in corso, alle condanne per reati di terrorismo, alle specifiche circostanze di tali reati e, infine, alle richieste di assistenza giuridica reciproca. Proprio la ricezione di informazioni, infatti, ha consentito all'organismo di elaborare analisi di tipo strategico basate su dati giudiziari: si pensi alla rilevazione del passaggio, nell'azione dell'Isis, alla declinazione dei *foreign fighters*. Data, dunque, l'importanza di tale scambio di informazioni, il 20 giugno 2018, Francia, Germania, Spagna e Belgio, con una dichiarazione congiunta, hanno chiesto il rafforzamento di tale condivisione e, soprattutto, l'istituzione di un registro centrale europeo antiterrorismo¹¹¹. Lo scopo di questo registro è quello di individuare i possibili collegamenti tra le indagini in corso condotte in diversi Stati membri e di individuare le possibili esigenze di coordinamento.

Infine, un'ulteriore proposta – non ancora accolta -, avanzata a livello europeo in risposta al «fenomeno» terroristico, è stata quella di estendere la competenza della neonata Procura europea¹¹²

¹¹⁰ Come riportato da F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.85, Eurojust, nel 2015, ha coordinato un'azione di questo tipo contro un gruppo terroristico di estremisti islamici in un contesto transfrontaliero. Il caso venne registrato del desk italiano presso Eurojust, su richiesta della procura di Roma. L'azione venne concordata a seguito di diverse riunioni di coordinamento presso Eurojust, presiedute dall'ufficio italiano. Attraverso il centro di coordinamento, poi, si è ottenuto il risultato della puntuale esecuzione di arresti, in molti Stati membri, di diversi soggetti del gruppo in questione, accusati di terrorismo internazionale. Anche le autorità degli altri Paesi prestarono la loro collaborazione in questa circostanza e proprio tale cooperazione, sia a livello nazionale che tramite gli uffici di Eurojust, ha consentito il suddetto risultato. Peraltro, nel 2019, si è concluso, presso la Corte d'assise di Trento, il processo a carico di tutti gli imputati del gruppo "italiano".

¹¹¹ L'iniziativa è stata, poi, sostenuta anche da Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi, nell'ambito della conferenza europea sulla lotta al terrorismo risalente al 5 novembre 2018 a Parigi.

¹¹² Sul punto si v. A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p.177, secondo cui il Trattato di Lisbona ha previsto, sulla base dell'art. 86 TFUE, l'istituzione di una Procura europea (EPPO) per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Specificamente, «alla previsione si è dato seguito con un regolamento del consiglio dell'Unione del 12 ottobre 2017 (2017/1939), che ha istituito la Procura europea e dettato le norme relative al suo funzionamento stabilendo che l'ufficio diverrà operativo non prima che siano decorsi tre anni dall'entrata in vigore del regolamento». Inoltre, «alla Procura europea è assegnato il compito di svolgere le indagini, esercitare l'azione penale e assumere, fino alla pronuncia della sentenza definitiva, le funzioni di magistrato del pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri, in relazione ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e a tutti i reati agli stessi indissolubilmente connessi, quando commessi sul territorio di uno o più Stati membri da un cittadino europeo o, se commessi al di fuori di tale ambito territoriale, quando uno Stato membro vi abbia giurisdizione». Ancora, secondo F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, cit., p.90, la Procura europea è «un organismo giudiziario "indipendente", come espressamente stabilito all'art.6 del regolamento istitutivo». Invero, «il requisito della forte indipendenza del procuratore europeo ha come suo contrappeso quella della sua responsabilità (*accountability*): il procuratore capo europeo, infatti, dovrà rendere pienamente conto dell'esercizio delle sue funzioni e risponde delle attività generali dell'EPPO dinanzi al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione».

anche ai reati di terrorismo. Tale iniziativa è giunta da più parti¹¹³, ma soprattutto dalla Commissione europea che si è pronunciata a favore di tale ampliamento, sia pur non immediato, di competenza. Infatti, benché l'istituzione di questo organismo rappresenti certamente una svolta nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea, essendo il primo soggetto europeo ad avere chiari connotati giudiziari, è anche vero che esso si trova nella fase iniziale della sua esistenza e che, quindi, sarebbe necessario, oltretutto, attendere di vederlo all'opera, prima di poter azzardare un'estensione delle sue competenze.

Inoltre, la circostanza appena esposta, corredata da quanto già considerato a margine della risposta europea al «fenomeno» terroristico, sottolinea l'ennesimo tentativo di “istituzionalizzare” le emergenze e di ricondurre fenomeni criminali di ampia portata ad un'azione fortemente repressiva, e non troppo velatamente inquisitoria, propugnata su più fronti, andando ad amplificare le criticità legate alle differenziazioni sussistenti, sia sul piano nazionale che su quello europeo, tra le varie tipologie di reato, nel solco del c.d. doppio binario.

4.- Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto finora illustrato, appaiono urgenti alcune considerazioni.

Innanzitutto, in estrema sintesi, si può notare come il passaggio dal «fatto» al «fenomeno», oggetto della presente analisi, abbia delle importanti conseguenze applicative, che sono: l'assenza di un disegno di politica criminale effettivamente garantista – in realtà, causa ed effetto di tale passaggio; la normalizzazione dell'emergenza, intesa come pericolo dell'estensione delle misure dettate da situazioni emergenziali alla gestione ordinaria delle questioni comuni – si pensi, in particolare, al tentativo di estendere i casi di presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere *ex art. 275, comma 3, c.p.p.*, nell'ordinamento italiano, e alla proposta di modificare la Costituzione al fine di attribuire maggiore libertà d'azione ai poteri pubblici, nell'ordinamento francese; e, da ultima, conseguenza a cui le precedenti due sono irreversibilmente correlate, l'inevitabile compressione dei diritti umani, sia nella loro forma di diritti inderogabili espressamente riconosciuti sia nella forma di principi penalistici costituzionali, che si esplicano, sul piano procedimentale, nelle garanzie processuali.

È evidente, dunque, non solo che il processo penale muta quando abbia ad oggetto un «fenomeno» criminale, con delle importanti deroghe al suo paradigma ordinario, ma anche che tale mutamento sia la conseguenza inevitabile della reazione del potere politico e legislativo, con l'importante contributo dei *media*, ai medesimi «fenomeni».

Pertanto, se, come si è avuto modo di vedere, la strategia normativa – a livello interno e non solo – contro il «fenomeno», preso ad esempio, del terrorismo internazionale ha condotto, da un lato, ad una significativa anticipazione della soglia di punibilità sul piano sostanziale, e, dall'altro, ad un sensibile inasprimento della posizione processuale degli imputati di questo tipo di reati, con una conseguente *deminutio* in termini di garanzie, appare lecito chiedersi se non ci si trovi al cospetto di un paradosso. Si rischia, infatti, di essere incriminati per condotte che, pur essendo molto sfumate sul piano dell'offensività e della materialità, e il cui accertamento puntuale appare sempre più “sacrificabile”,

¹¹³ In particolare, essa è stata avanzata, nell'agosto del 2017, a seguito dell'attentato di Barcellona, dall'*ex* ministro della Giustizia italiano, l'onorevole Orlando, e nel settembre del 2018, dall'allora presidente della Commissione europea Junker, in occasione della sua comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio.

permettono, tuttavia, l'instaurazione di un processo penale molto meno garantito rispetto al suo paradigma ordinario e un trattamento penitenziario altrettanto aspro.

Sulla scia di questa medesima considerazione, è inevitabile porsi altri interrogativi. Uno fra tutti: chi è, oggi, il terrorista? Al di là delle definizioni sociologiche e/o penalistiche, è chiaro che appare molto più semplice pensare che il terrorista sia colui che, esterno o internalizzato rispetto all'ordinamento di riferimento, appartenga ad un'altra nazionalità, ad un'altra cultura, ad un'altra religione, per rimanere in una logica puramente nemicale. Questo soprattutto quando il paradigma di "giustizia" diventa, il più delle volte, quello propugnato dal mondo occidentale.

Tuttavia, proprio in nome di quell'accertamento del «fatto» e della tipicità della condotta, di cui finora si è sostenuta l'assoluta prevalenza in ambito penalistico e processual-penalistico, è esclusivamente a questi che dovrebbe guardarsi e non, meramente, al suo autore. Si pensi ai recenti fatti statunitensi: perché coloro che hanno realizzato l'assalto a *Capitol Hill* non possono essere considerati a tutti gli effetti "terroristi"? Qual è la reticenza, il pregiudizio che ci porta a considerare come tali soltanto determinate categorie di soggetti? In definitiva, può dirsi che il discorso si pone nel ben più complesso alveo del binomio diritto penale del fatto e diritto penale d'autore: è soltanto con l'abbandono di quest'ultimo che può darsi effettivo valore all'accertamento del «fatto», in sede processuale, anche di fronte a «fenomeni» gravi e problematici come quello del terrorismo.

Altra considerazione che, ancora, urge fare riguarda la risposta europea al terrorismo internazionale. Infatti, gettando uno sguardo sulle già menzionate soluzioni proposte negli ultimi anni, nell'ambito dell'ordinamento europeo, è chiaro che vi sia una generalizzata tendenza alla realizzazione di "processi speciali", per questo tipo di reati, che riflette, in sostanza, un orientamento restauratore del processo inquisitorio.

Peraltro, sempre in relazione a questa categoria di reati, è evidente come, il più delle volte, si giunga a considerare il percorso giurisdizionale offerto dal processo penale come una perdita di tempo e a comprimere le funzioni della difesa, quando, in realtà, proprio dinanzi a pene prospettate così alte e gravi, le garanzie, per converso, dovrebbero essere addirittura maggiori. Alcuni autori, invece, sembrano perfino invocare questo processo specializzato.

Tuttavia, occorre sempre tenere a mente che, se è vero l'Unione europea tutela i diritti e le libertà dei suoi cittadini, ancor di più essa tutela i diritti e le libertà degli indagati e degli imputati. Pertanto, il processo penale non può essere invocato e utilizzato come strumento per sconfinare la criminalità, così come delineato da alcuni, ma deve sempre mantenere intatta la sua primigenia funzione di garanzia, che si realizza soltanto a partire da un accertamento fattuale regolato dal diritto.

Dunque, benché si condannino senza se e senza ma gli abomini generati dagli ultimi attacchi del terrorismo *jihadista* e, soprattutto, la generalizzata paura ed incertezza che esso ha determinato a livello internazionale, quello che si è inteso realizzare con il presente lavoro non è una difesa dell'azione, bensì una critica della reazione all'azione, la cui deriva è, inevitabilmente, quella del giustizialismo e del populismo, scadendo, paradossalmente, in ciò contro cui si combatte. Reazione che si realizza, pericolosamente, sul duplice livello della legislazione e della giurisprudenza, con significative violazioni, implicite e non, dei diritti fondamentali, anche nella loro forma di garanzie processuali - prima fra tutte, quella della presunzione di innocenza.

In conclusione, tornano ancora una volta utili, le taglienti parole di Baudrillard, secondo cui vi sarebbe un immaginato ultimatum implicito che lo Stato propone ai consociati, che è, più o meno il seguente: «"Che prezzo volete pagare perché vi si liberi dal terrorismo?" Sottinteso: il terrorismo è ancora un male minore dello Stato poliziesco capace di venirne a capo». E, ancora, provocatoriamente, sostiene che, forse, «l'eruzione spasmodica della violenza è preferibile al suo esercizio razionale nel quadro

dello Stato, alla sua prevenzione totale al prezzo di un controllo programmato e totale¹¹⁴». Da ciò risulta la chiara valorizzazione di tre parole chiave, trasversalmente toccate nel corso del lavoro: prevenzione, controllo, repressione.

La dimensione considerata è, dunque, quella di una perenne “lotta”, che trova legittimazione nell’ “emergenza”, posta su un piano esclusivamente duale, in cui la ragion di Stato assume una posizione predominante, servendosi di mezzi che esulano dai confini delle guarentigie costituzionali e perdendo di vista quello che dovrebbe essere il suo unico strumento nella gestione di ogni tipo di crimine: il diritto, nella sua suprema funzione regolatrice e garantista.

¹¹⁴ J. BAUDRILLARD, *Pornografia del terrorismo*, cit., p. 52.

Indice della tesi

Introduzione.....	1
-------------------	---

Capitolo primo

LE NOZIONI DI «FATTO» E DI «FENOMENO» SUL PIANO PROCESSUAL-PENALISTICO

1. Distinzione concettuale: la nozione di «fatto»	4
1.1 La ricostruzione giudiziale del fatto.....	6
1.2 Il metodo processuale per l'accertamento del «fatto»	10
1.3 L'influenza del metodo accusatorio nella riforma del processo penale: accertamento del fatto come «scopo» del processo.....	14
2. La nozione di «fenomeno» nel mondo giuridico.....	18
2.1 Il problema della c.d. «realtà mediata».....	24
2.2 La «percezione» del crimine nella collettività.....	28
2.3 Una diversa prospettiva del processo penale: da «garanzia» a «strumento» per la repressione di determinati fenomeni criminali.....	32
3. Il «fatto» che diventa «fenomeno»: la prospettiva teorica.....	35
3.1 Il concetto di «sicurezza»: diritto della persona o precondizione di diritti?.....	37
3.2 Base teoretica della problematica: la teoria filosofico-penalistica del «diritto penale del nemico».....	42
3.3 Il fenomeno criminale per eccellenza: il terrorismo internazionale.....	48

Capitolo secondo

LA RISPOSTA DEGLI ORDINAMENTI AI «FENOMENI» CRIMINALI: LEGISLAZIONE PENALE D'EMERGENZA E ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA PENALE

1. La legislazione penale d'emergenza e la sua incidenza sul sistema processual-penalistico italiano.....	54
1.1 L'anticipazione della soglia di punibilità come esplicazione pratica di un diritto penale simbolico.....	64
1.2 La rivitalizzazione delle misure di prevenzione.....	74
1.3 Il sistema del c.d. «doppio binario» processuale e le garanzie individuali.....	83
2. Confronto con il sistema francese: la dichiarazione dello «stato d'urgenza» e le sue conseguenze.....	91
3. Confronto con il sistema statunitense: il concetto di « <i>global war on terrorism</i> ».....	106
4. Conseguenze: l'allontanamento dalle garanzie proprie dello Stato costituzionale di diritto in nome della difesa della sicurezza.....	122

Capitolo terzo

IL RUOLO ASSUNTO DALLA GIURISPRUDENZA NELLA REPRESSIONE DEL TERRORISMO

1. Il giudice penale come organo di garanzia, prima che di repressione.....	124
2. Caratteristiche essenziali della normativa in materia e interpretazioni giurisprudenziali.....	133
3. L'elaborazione di principi «strumentali» ad opera delle Corti superiori.....	148
3.1 Nell'ordinamento interno: esempio del principio di c.d. «non dispersione probatoria», ad opera della Corte costituzionale.....	150
3.2 Nell'ordinamento tedesco: esempio del principio del c.d. «buon funzionamento della giustizia penale», ad opera della <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Corte costituzionale federale tedesca).....	162
4. Confronto con il sistema francese: l'emblematica pronuncia del <i>Conseil constitutionnel</i> (n. 2018-717/718).....	166
4.1 Cenni sulla pronuncia.....	167
4.2 Il concreto riconoscimento del principio di fraternité.....	172
4.3 Aspetti controversi della decisione.....	177

Capitolo quarto

CONSEGUENZE APPLICATIVE

1. L'assenza di un disegno di politica criminale rispettoso dei principi costituzionali.....	181
2. Le «scelte emergenziali» e il rischio della loro estensibilità a situazioni ordinarie.....	188
2.1 In Italia: il tentativo di estendere i casi di presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere ex art. 275, comma 3, c.p.p.....	193
2.2 In Francia: la proposta di modificare la Costituzione al fine di attribuire maggiore libertà d'azione ai poteri pubblici.....	204
3. L'inevitabile e inammissibile compressione dei diritti umani.....	220
CONCLUSIONI.....	229
BIBLIOGRAFIA.....	236

Bibliografia

- ALEXANDER F. e STAUB H., *Il delinquente, il giudice e il pubblico. Un'analisi psicologica* (1929), Milano, 1978.
- BALDINI V., *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e Stato costituzionale di diritto*, in *www.dirittifondamentali.it*, vol. V, fasc. 1/2016, 12 gennaio 2016.
- BARTOLI R., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2017.
- BAUDRILLARD J., *Pornografia del terrorismo*, in CODELUPPI V. (a cura di), *Comunicazione e società*, Milano, Franco Angeli, 2017.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, Torino, Utet, 1974.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, Opere, vol. V, Milano, 1959.
- CAPONE A., *Iura novit curia, Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2010.
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.
- CAVINO M., *Securité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online*, fasc. III, 14 dicembre 2015.
- CHINNICI C., *Il terrorismo nel diritto dell'Unione europea tra attualità e prossime prospettive*, Contributo basato sulla relazione tenuta presso il Corso della Scuola Superiore della Magistratura sul terrorismo internazionale, dedicato a Vittorio Occorsio, Corte Suprema di Cassazione, 26 ottobre 2018.
- CURTOTTI D., *Procedimento penale e intelligence in Italia: un'osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2018.
- DALIA A.A., *La garanzia giurisdizionale penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura penale dell'Università degli studi di Salerno*, vol. 1, 1998.
- DALIA A. A. – FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018.
- DALIA G., *Il «fatto» nel procedimento penale*, Quaderni del Dipartimento di Diritto pubblico e Teoria e Storia delle Istituzioni, Sezione di Diritto Processuale Penale, n. 6, Salerno, 2005.
- DELAUNAY B., PISSALOUX J., SUPPLISSON D., LE CLAINCHE M., ROUBAN L., *Chronique de l'administration*, in *Revue française d'administration publique*, n.4, 2005.
- DELFINO F., *La legislazione antiterrorismo in Francia e in Russia. Un difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e diritti*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2017.
- DELLA VOLPE G., voce *Fenomeno*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, Istituto di enciclopedia italiana, 1932.
- DI CESARE D., *Dallo Stato sociale allo Stato penale*, in *Jacobin Italia*, 2020, n.6.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, fasc.2, 2006.

- FALCINELLI D., *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007.
- FAMIGLIETTI F., *La sicurezza “ai tempi dell’ISIS”: tra “stato di emergenza”, diritto penale “del nemico” e rivitalizzazione del diritto di polizia in un sistema integrato di azioni e strutture*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 20 luglio 2016.
- FERRAJOLI L., *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, contributo per il seminario: "Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali" (Pisa, 11-12 marzo 2016), in *Questione giustizia*, 2016.
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Zanichelli editore, Torino, 2014.
- GENTILI C., *Francia: anche l’ONU contesta la nuova “legge sulla sicurezza globale”*, in *Sicurezza Internazionale Luiss*, Osservatorio sulla sicurezza internazionale, 13 dicembre 2020.
- GENTILI C., *Francia: Macron presenta legge contro l’islamismo radicale*, in *Sicurezza Internazionale Luiss*, Osservatorio sulla sicurezza internazionale, 2 ottobre 2020.
- GONZALEZ G., *L’état d’urgence au sens de l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme*, in *CRDF*, n. 6, 2007.
- KANIA H., *La rappresentazione televisiva del crimine e la costruzione delle realtà soggettive*, in AA. VV., *La televisione del crimine*, a cura di FORTI G. e BERTOLINO M., Milano, 2005.
- LATTANZI G., *I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 1 giugno 2018.
- LEBRETON G., *Les atteintes aux droits fondamentaux par l’état de siège et l’état d’urgence*, in *CRDF*, n. 6, 2007.
- LEO G., *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 dicembre 2015.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983.
- MCCOMBS M.E. E SHAW D.L., *The agenda setting function of the press*, in AA. VV., *The emergence of American political issues: the agenda-setting of the press*, a cura MCCOMBS M.E. E SHAW D.L., St. Paul-New York-Boston-Los Angeles-San Francisco, 1977.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Edizione Scientifiche Italiane, 2000.
- NEPPI MADONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004.
- PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, n.2.
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2006.
- PAMELIN D., *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d’urgenza sanitario*, in *Osservatorio Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 3, 2 giugno 2020.
- PELISSERO M., *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali*, settembre 2016.

- PISAPIA G. D., voce *Codice di procedura penale (riforma del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998.
- PUGLIESE M., *Francia: la nuova legge antiterrorismo di Macron*, in *Istituto per gli studi di politica internazionali*, 13 novembre 2017.
- RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'indice penale*, 2006, n.1.
- SATTA S., *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1949.
- SCHIAFFO F., *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Critica del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, n. 1-3, Gennaio-Settembre 2010.
- SPIEZIA F., *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, Piemme, Milano, aprile 2020.
- STAGHER G., *La revoca dello status civitatis in Costituzione: una riforma fallita*, in *Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review*, anno VI, n. 3, 11 ottobre 2016.
- THENAULT S., *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007/1.
- TROGU M., *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review*, 1, 2017.
- TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, 9, 1985.
- VASSALLI G., *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984.
- VICHINKESKI TEIXEIRA A., *Verso un diritto penale transnazionale del nemico? Un'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2018.
- WENIM R., FORNASARI G. (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2017.
- ZUMPANI F., *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 10, 2010.

Abstract. L'obiettivo del lavoro è quello di dimostrare come nel passaggio da un processo penale che abbia ad oggetto l'accertamento di un «fatto» ad un processo penale volto alla repressione di determinati «fenomeni» si determini una significativa compressione dei diritti fondamentali, anche nella loro forma di garanzie processuali.

L'analisi prende le mosse dalla distinzione dei due concetti di «fatto» e di «fenomeno». In particolare, a partire dal concetto di «fatto» nell'ambito del procedimento penale, e alla luce di quella che è la primaria funzione di garanzia del diritto processuale penale, è mostrato che non appena ci si allontana dall'accertamento del «fatto», che può essere opportunamente realizzato soltanto in presenza di un giudice terzo ed imparziale, ci si sposta verso schemi inquisitori. Passando ad analizzare il concetto di «fenomeno», si è tentato, in particolar modo, di evidenziare come la sua origine, nell'ambito penalistico, sia fortemente influenzata dalla percezione che si ha di un determinato «fatto» di reato, a sua volta appositamente determinata dalla c.d. realtà mediata, vale a dire una realtà creata dai *media*, non corrispondente a quella effettuale. Si ha, dunque, una percezione del crimine che appare manipolata dal circuito politico-mediatico e che determina richieste di sicurezza. Richieste di

sicurezza che trovano il proprio riscontro fattuale in una legislazione penale simbolica. Si è sottolineato, inoltre, come il passaggio dal «fatto» di reato al «fenomeno» criminale trovi il suo presupposto teorico nell'elaborazione del «diritto penale del nemico». Si è, poi, scelto come «fenomeno» criminale per eccellenza, frutto di tale passaggio, per poterne analizzare le conseguenze pratiche, il terrorismo di matrice islamica. Il passaggio successivo è stato quello di analizzare la risposta degli ordinamenti a tali fenomeni, ponendo, in primo luogo, l'attenzione sull'ordinamento italiano e, in particolare, sulla legislazione penale simbolica in contrasto al terrorismo, che si manifesta con una notevole anticipazione della soglia di punibilità, con la rivitalizzazione delle misure di prevenzione e con il c.d. doppio binario processuale. In secondo luogo, con uno sguardo comparatistico, si è passati ad analizzare le risposte a livello politico e legislativo dell'ordinamento francese, all'indomani dei più recenti attentati terroristici - reazioni tutte ispirate al concetto di "terrorismo di guerra"; infine, l'analisi si è spostata sulla reazione dell'ordinamento europeo e si è concentrata, in maniera particolare, su di un approccio critico rispetto alle recenti proposte avanzate sul tema nell'ambito della cornice comunitaria.

Infine, si è mostrato come tutte queste reazioni, che si determinano sul piano politico, legislativo – sostanziale e processuale - e giurisprudenziale quando si realizza il passaggio dal «fatto» di reato al «fenomeno» criminale, comportino un'inevitabile compressione dei diritti fondamentali e di quei principi costituzionali, penalistici e processual-penalistici, che ne costituiscono il baluardo.

Abstract. The aim of the work is to demonstrate how the transition from a criminal trial aimed at ascertaining a "fact" to a criminal trial aimed at repressing certain "phenomena" leads to a significant compression of fundamental rights, also in the form of procedural guarantees.

The analysis starts from the distinction between the two concepts of "fact" and "phenomenon". In particular, starting from the concept of "fact" in the context of criminal proceedings, and in the light of what is the primary guarantee function of criminal procedural law, it is shown that as soon as one moves away from the ascertainment of the "fact", which can be appropriately achieved only in the presence of a third and impartial judge, one moves towards inquisitorial schemes. Moving on to analyse the concept of "phenomenon", an attempt has been made, in particular, to highlight how its origin, in the criminal field, is strongly influenced by the perception that one has of a certain "fact" of crime, which, in turn, is purposely determined by the so-called mediated reality, i.e. a reality created by the media, which does not correspond to the actual reality. There is, therefore, a perception of crime that appears manipulated by the political-media circuit and that determines demands for security. These demands for security find their factual confirmation in a symbolic criminal legislation. It was also stressed that the transition from the "fact" of crime to the criminal "phenomenon" finds its theoretical basis in the development of the "criminal law of the enemy". In order to be able to analyse the practical consequences, the Islamic terrorism was chosen as the criminal "phenomenon" par excellence, the result of this passage. The next step was to analyse the response of the legal systems to such phenomena, focusing, in the first place, on the Italian legal system and, in particular, on the symbolic criminal legislation against terrorism, which is manifested with a notable anticipation of the threshold of punishability, with the revitalization of the measures of prevention and with the so-called double trial system. In the second place, with a comparative look, we passed to analyse the political and legislative responses of the French System, in the aftermath of the most recent terrorist attacks - reactions all inspired by the concept of "war terrorism"; finally, the analysis moved to the reaction of the European System and concentrated, in a particular way, on a critical approach with respect to the recent proposals made on the subject within the Community framework.

Finally, it has been shown how all these reactions, which are determined at a political, legislative - substantive and procedural - and jurisprudential level when the passage from the "fact" of crime to the criminal "phenomenon" takes place, entail an inevitable compression of fundamental rights and of those constitutional, penal and procedural-penalistic principles which constitute their bulwark.

