

AIC Associazione Italiana
dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC
Bimestrale di attualità costituzionale

Anno 2022/ Fascicolo VI

AIC

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

La rivista Osservatorio costituzionale, inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche, dal Fascicolo 1/2016, è ivi registrata ai sensi dell'art. 16 della legge n. 62 del 2001.

Codice ISSN: 2283-7515.

Le Linee Guida per la pubblicazione sulla rivista sono reperibili al sito www.osservatorioaic.it.

Per il triennio 2022-2024, Direttore responsabile è il presidente dell'AIC, Prof. Sandro Staiano, Direttori scientifici sono la Prof.ssa Francesca Biondi, il Prof. Corrado Caruso, il Prof. Massimo Cavino e la Prof.ssa Giovanna Pistorio.

Segretari di redazione: Giovanni Cavaggion, Chiara Ingenito, Massimiliano Malvicini e Francesca Minni.

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Indice del Fascicolo 6 del 2022

Attualità

- E. Rossi, *Prime considerazioni sulla procedura VQR 2015-2019 (con specifica attenzione ai settori IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di Diritto pubblico)*.....6
- A. De Nicola, *Il voto fuori dal comune di residenza: alcune riflessioni a partire dal recente Libro bianco sull'astensionismo elettorale*.....40
- M. Tuozzo, *Note sui foreign fighters: limiti e prospettive della prevenzione a partecipare alla guerra degli altri*.....67
- E. Lamarque, *The Cross-Border Protection of Vulnerable Adults in the EU from the Italian Perspective*.....98
- L.M. Tonelli, *La riemersione dell'insularità in Costituzione*.....111
- E. Gabriele, *Il Bill of Rights Bill e gli altri tentativi di riforma dello Human Rights Act nell'ordinamento britannico*.....132
- C. Buzzacchi, *La valutazione delle politiche delle Regioni a partire dal sistema di normazione: il caso dell'integrazione socio-sanitaria*.....157
- F.R. De Martino, *Persona, Costituzione e diritti nella crisi costituzionale. Notazioni a partire da un recente volume di Gaetano Azzariti*.....177
- D. Camoni, *La Corte costituzionale si apre al dialogo (in udienza) con gli avvocati. Brevi note comparate a partire dalla recente riforma delle Norme Integrative*.....200

F.V. della Croce, *Il salario minimo tra spinta europea e quadro costituzionale. Alla ricerca di una “via italiana”*.....219

C. Aliberti, *La tutela penalistica del patrimonio culturale: una riforma costituzionalmente orientata*.....241

G. Agolino, *Il senatore elettivo “non iscritto” ad alcun Gruppo*.....258

Giurisprudenza

B. Pezzini, *L'Italia davanti alla Corte EDU per l'insufficiente protezione delle vittime della violenza di genere: una questione costituzionale*.....277

L.G. Marinoni, *Decision-making technique and institutional dialogue: deciding less to deliberate better*.....296

P. Colasante, *Una parità di genere senza ostacoli demografici*.....325

M. Ferrara, *La quarantena obbligatoria come «istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale» (Corte Cost., sent. n. 127/2022) e il ruolo della Corte costituzionale nella fase di metabolizzazione dell'emergenza*.....337

C. Ingenito, *Storia del nuovo cognome dei figli tra tutela dell'unità familiare e diritto all'identità. Riflessioni a margine della sentenza n. 131/2022*.....355

A. Patanè, *Test prenatale non invasivo (NIPT) e Piano di rientro in materia sanitaria. Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 2022*.....389

M. Nisticò, *Accesso alla messa alla prova in caso di reati connessi per cui l'azione penale sia stata esercitata separatamente. Breve nota a Corte cost. n. 174 del 2022*.....402

P.I. D'Andrea, *Parificazione dei bilanci regionali e giudizio di costituzionalità: un equilibrio ancora da definire. Nota a C. cost. sent. n. 184/2022*.....412

A. Rauti, *Acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio e morte del “coniuge” nella sent. cost. n. 195 del 2022*.....433

L. Dello Iacovo, *Il ruolo dei ricercatori universitari tra compiti didattici e di ricerca. Nota a Consiglio di Stato, Sez. VII, 4 Luglio 2022, n. 5551*.....454

Novità editoriali

M. Benvenuti, A. De Nicola, C. Gentile (a cura di), *Novità editoriali di diritto costituzionale (luglio – dicembre 2022)*.....474

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 6/2022

Data: 1 novembre 2022

Note sui foreign fighters: limiti e prospettive della prevenzione a partecipare alla guerra degli altri*

di **Michela Tuozzo** – *Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi della Tuscia.*

TITLE: Notes about foreign fighters: limits and possibilities of prevention for participation in the war of others

ABSTRACT: Il saggio si propone di riepilogare in chiave critica il quadro normativo che regola il fenomeno dei combattenti stranieri, proponendo una lettura che fa emergere le differenti classificazioni esistenti tra il diritto internazionale umanitario e il diritto nazionale. Su entrambi grava il peso ingombrante del framework *counterterrorism*, che ha determinato, da un lato, l'assimilazione tra il *foreign fighters* e il *foreign terrorist fighters* e, dall'altro, l'adozione di un approccio teso alla prevenzione del pericolo in chiave repressiva e di sorveglianza. Si esporranno, invece, i termini di una prospettiva di vigilanza preventiva che sia in armonia con il rapporto tra libertà e sicurezza del costituzionalismo e rivolta a cementare le basi della convivenza sociale per contrastare i fenomeni di radicalizzazione. L'ultima parte del saggio si propone di confrontare le conclusioni raggiunte con il fenomeno della presenza di *foreign fighters* italiani nell'attuale conflitto russo-ucraino.

The essay aims to offer a critical analysis of the legal framework regulating the phenomenon of foreign fighters, proposing a reading that highlights the different classifications existing between

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

international humanitarian law and national law. Both are burdened by the weight of the counterterrorism framework, which has led, on the one hand, to the assimilation of foreign fighters and foreign terrorist fighters and, on the other, to the adoption of an approach aimed at preventing the danger in a repressive and surveillance key. Instead, the terms of a preventive perspective that is in harmony with the relationship between freedom and security of constitutionalism and aimed at cementing the foundations of social coexistence to counter radicalisation phenomena will be set out. The final part of the essay aims to compare the categories examined with the presence of Italian foreign fighters in the current Russian-Ukrainian conflict.

KEYWORDS: Foreign fighters; prevenzione; sorveglianza; libertà e sicurezza; conflitto russo-ucraino; prevention; surveillance; freedom and security; Russian-Ukrainian conflict

SOMMARIO: Sommario: 1. Introduzione: diritto, guerra, sicurezza e inimicizia. – 2. Mercenari, *foreign fighters* e *foreign terrorist fighters*. – 3. Il paradigma della sicurezza preventiva nell’approccio UE: punire e sorvegliare. – 3.1. Punire. – 3.2. Sorvegliare. – 4. Una prospettiva preventiva, non solo afflittiva. – 5. I *foreign fighters* nel conflitto russo-ucraino. – 5.1. Guerra ripudiata / intervento armato. – 5.2. Armi sì, persone no.

1. Introduzione: diritto, guerra, sicurezza e inimicizia

Il rapporto tra guerra e società è da sempre oggetto di indagine. Sin dal VI sec. a.C., Eraclito ne enucleava le caratteristiche, assegnando alla guerra valore fondativo della convivenza, ma assieme di principio di differenziazione tra gli uomini: «*Polemos* è padre di tutte le cose, di tutte è re: gli uni li rivela dèi, gli altri invece uomini, gli uni li fa schiavi, gli altri invece liberi»¹.

Il legame tra forza e diritto rappresenta un *tópos* tanto complesso quanto antico, rispetto al quale si può osservare – nella inevitabile mutevolezza dell’orizzonte storiografico, teorico-politico, statuale e giuridico, anche sul piano internazionale – la multidimensionalità che ha assunto

¹ ERACLITO, *I frammenti e le testimonianze*, a cura di C. Diano e G. Serra, Fondazione Lorenzo Valla, Milano, 1980, p. 13, frammento numero 14.

l'esperienza della guerra, che funge a sua volta da moltiplicatore dei significati delle nozioni di "sicurezza" e di "nemico da combattere".

Infatti, tra la fine del primo e il secondo conflitto mondiale e più decisamente dopo quest'ultimo, in ragione dell'assetto bipolare assunto dalle relazioni internazionali nella guerra fredda, gli sviluppi del diritto internazionale in ordine all'uso della forza² per scopi di tutela dei diritti umani o per i rischi di aggressione legati al terrorismo hanno segnato un prima e un dopo nel modo di concepire i conflitti armati interstatali.

Poiché il regime giuridico della guerra definisce lo *status* dei combattenti, esso è principio di differenziazione della condizione giuridica di quelli legittimi e illegittimi in base alle disposizioni che regolano le ostilità sul piano internazionale, ossia la III Convenzione di Ginevra del 1949 e il I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni del 1949, a cui si sono aggiunte, dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, quelle di diritto nazionale e dell'Ue.

L'emigrazione per motivi di "sostegno alla guerra altrui" rappresenta una forma eccentrica di fuga dal Paese di origine, che non è connotata da motivi economici, ambientali o in senso proprio umanitari. Pur trattandosi di un fenomeno tutt'altro che nuovo, esso conosce, nelle vicende odierne, risposte problematiche da parte degli Stati liberaldemocratici, con un bilanciamento tra sicurezza collettiva e diritti individuali fortemente proiettato alla neutralizzazione del nemico (a costo di mettere tra parentesi non solo lo *ius in bello*, ma anche le ordinarie garanzie della *rule of law*³).

Per quel che riguarda la difesa della sicurezza, si nota come la presenza di combattenti stranieri sia perlopiù collegata al pericolo di radicalizzazione, al rischio, cioè, di esportare violenza nel Paese nel quale si va a combattere e di rientrare a casa con un bagaglio accresciuto di essa, che induca a paventare da parte delle autorità competenti l'eventualità di atti ostili anche contro il proprio Paese (c.d. *blowback*⁴).

Nell'ambito dei conflitti dell'era della globalizzazione, in cui i tratti tipici della transnazionalità si affiancano alla dimensione locale della guerra, rendendo perciò complessa la cesura tra globale e locale, nonché «tra aggressione (attacchi dall'esterno di un Paese) e repressione (attacchi

² Per una ricostruzione completa del divieto in questione si veda P. GARGIULO, *Uso della forza (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, 2012, pp. 1367 ss.

³ P. COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in *Quaderni Fiorentini*, n. XXXVIII (2009), p. 39.

⁴ Per un'analisi del fenomeno si rinvia a *Blowback-Foreign Fighters and the threat they pose*, in III CAGE, 17.7.2014, rinvenibile all'url: <https://www.cage.ngo/wp-content/uploads/2014/07/CAGE-Blowback-Foreign-Fighters-report.pdf>.

dall'interno)»⁵, i combattenti stranieri sono quindi equiparati al nemico dell'ordine internazionale, superando così la classica dicotomia tra nemico interno ed esterno.

Ciò giustifica, sul versante dei diritti, le limitazioni alle loro libertà individuali, in ordine principalmente alla sfera dell'inviolabilità fisica (*habeas corpus*) e al diritto della "informational self-determination".

Il più radicale di questi approcci è quello statunitense: con l'*USA Patriot Act* e l'approvazione della *joint resolution* del 18 settembre 2001, il Congresso ha autorizzato il Presidente «to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons»⁶. Un atto, come noto, alla base dei numerosi e criticati *executive orders* presidenziali, tra cui il *President Issues Military Order* del 13 novembre 2001, avente ad oggetto la sospensione delle ordinarie garanzie di *habeas corpus* e *due process* degli *enemy combatants*, l'istituzione di speciali commissioni militari e del campo di prigionia di Guantanamo, nonché la decisione di sottrarre i combattenti nemici dalle garanzie minime della Convenzione di Ginevra del 1949.

Rispetto al diritto internazionale umanitario, come si vedrà *funditus* nei successivi paragrafi, la distinzione tra combattenti legittimi e illegittimi non coincide pienamente con quella del diritto interno, con conseguenze sul piano della punibilità.

Nell'analisi che segue, ci si soffermerà sulle caratteristiche della figura del *foreign fighter* muovendo dal quadro della legislazione esistente, la quale, avendo metabolizzato la *counterterrorism rhetoric*, ha connotato il combattente straniero per la commissione di atti terroristici spinto dalla fede islamista.

Le strategie di contrasto all'arrivo/partenza dei *foreign fighters* ruotano intorno all'impiego del diritto penale preventivo e dei sistemi di sorveglianza sviluppati grazie alle nuove tecnologie. Tuttavia, accanto a forme legittime di intervento, si assiste allo sviluppo dai risvolti patologici dell'approccio securitario, da cui risulta la cesura tra *State of terror / State of law*⁷, che interroga lo

⁵ M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, trad. it., Roma, 1995, p. 12.

⁶ 115 Stat. 224 Public Law 107-40-Sept. 18, 2001.

⁷ Distinzione proposta da G. DE MINICO, *A Tale of Two States: Rule of Law in the Age of Terrorism*, in *Verfassungsblog*, 24 January 2015.

studioso sulle criticità da superare e sulle opportunità di revisione di un paradigma che scuote le basi stesse della teoria dei diritti fondamentali e del pluralismo sociale.

Anche l'intento della ricerca della pace internazionale si è arricchito di nuovi significati determinanti il superamento della descrizione kelseniana della pace intesa come «a state of absence of force»⁸. Il valore della pace ha, insomma, acquisito una portata più specifica del mantenimento dello *status quo*, che ingloba un'accezione non solo securitaria, ma anche di giustizia, tale per cui «Non v'è pace senza sicurezza, ma non basta la sicurezza per aversi la pace»⁹. Essendo solo uno degli aspetti della pace, ben può accadere che la sicurezza entri in conflitto con gli altri elementi che la caratterizzano, al punto che «vi sono modi di perseguire la sicurezza nazionale e internazionale che sono minacciosi per la pace»¹⁰. In altri termini, ci si domanda se accanto alla categoria di *guerra giusta*, non sia giunto il momento di iniziare a costruire anche una teoria della *pace giusta*¹¹, ossia una pace qualificata dal rispetto dei diritti umani.

Merita le riflessioni finali di questo lavoro la risposta all'interrogativo su quale sia lo *status* dei combattenti italiani che emigrano a est per partecipare al conflitto russo-ucraino. Dal momento che, come ci ricorda Schmitt nelle pagine introduttive della *Teoria del partigiano*¹², la distinzione tra combattente regolare e irregolare dipende dalla definizione che si sceglie di dare a ciò che è regolare, si capisce come i nodi da sciogliere siano due: *a)* l'esame della posizione formale assunta dall'Italia tramite la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari all'Ucraina; *b)* in che modo la soluzione data a questo profilo rilevi sul trattamento giuridico di chi si arruola volontariamente tra le fila dell'esercito ucraino il confine tra l'essere parte attiva della guerra e il mero sostegno alla stessa (seppur con mezzi materiali statuali).

⁸ H. KELSEN, *Principles of International Law*, ed. by R.W. Tucker, II ed., Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966, p. 16.

⁹ F. VIOLA, *Pace giusta e guerra giusta*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, p. 233.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 234.

¹² C. SCHMITT, *Teoria del Partigiano*, trad. it., Milano, 2005, p. 13.

2. Mercenari, *foreign fighters* e *foreign terrorist fighters*

La figura del combattente straniero in una guerra altrui ha avuto precedenti storici noti: si pensi, tra gli altri, al poeta Lord Byron, a Santorre di Santarosa, a Garibaldi, all'Esercito della Salvezza, alla Lega Araba o, ancora, alle Brigate Internazionali nella guerra di Spagna al franchismo.

Tra le moderne e più note definizioni di *foreign fighter* c'è quella di chi¹³ ne individua le caratteristiche peculiari distinguendolo da quattro altri tipi di combattenti: il mercenario, il soldato, il ribelle e, infine, il terrorista. Mentre il mercenario¹⁴ *follow(s) the highest bidder*, il combattente straniero *is unpaid* e, a differenza del soldato, *lacks affiliation to an officially military organization*; egli non può neppure esser considerato un ribelle poiché *lacks citizenship of the conflict state or kinship links to its warring functions*; infine, diversamente dal terrorista, il combattente straniero *operates within the confines of an insurgency*: una classificazione che rimanda all'immagine lungimirante tracciata da Schmitt¹⁵ a proposito del partigiano, i cui tratti distintivi venivano individuati nell'irregolarità (il combattente senza uniforme), nell'impegno politico, nella mobilità e nella telluricità (ossia la difesa della propria patria). Tali caratteristiche lo distinguono dal delinquente comune, che è mosso dallo scopo di lucro personale, dal pirata che ha *animus furandi* e dal corsaro.

Il trattamento giuridico da riservare al combattente straniero è questione che può essere ricondotta alla più generale *divisio* tra “*privileged*” o “*lawful*” / “*unprivileged*” o “*unlawful*” *combatant*: solamente ai primi è riconosciuto il fascio di diritti e doveri del combattente, ossia la

¹³ T. HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad*, in *International Security*, Vol. 35, No. 3 (WINTER 2010/11), pp. 57-58.

¹⁴ Il mercenario rappresenta un pericolo solamente per il Paese in guerra, il *foreign fighter* lo è anche per quello di provenienza. Sul punto: S. CHESTERMAN, *Dogs of War or Jackals of Terror? Foreign Fighters and Mercenaries in International Law*, in *NUS Working Paper*, 2016/007, p. 11.

¹⁵ C. SCHMITT, *Teoria del Partigiano*, cit., pp. 26 ss., propone in effetti classificazioni e distinzioni analoghe tra combattenti eversivi dell'ordine statale – sia pure precisando che esse sono pienamente comprensibili solo all'interno della sua particolare filosofia del diritto pubblico e concezione geopolitica – concentrando la sua attenzione sul partigiano. Una figura di spiccato interesse, perché mossa da ragioni politiche che stanno al di fuori e spesso contro lo Stato, che dimostra l'esistenza di conflitti non solo interstatali, che sfocia nel concetto del Politico e nella domanda su chi sia il vero nemico. Il partigiano, definito ultimo sentinella della terra «è portatore di una inimicizia autentica, reale, storica e determinata; un'ostilità intensa interna al concetto di 'politico'; il partigiano è quindi esempio del pericolo e del rischio mortali che pertengono all'agire politico, ma è anche del sapere più proprio della politica, cioè della conoscenza del nemico concreto e reale, e dello spazio in cui agisce...» C. GALLI, *Carl Schmitt. La politica, lo spazio, la guerra*, in *Gnosis*, n. 3/2021, p. 94.

qualificazione di nemico di guerra in caso di cattura da parte del nemico e l'immunità per gli atti ostili commessi, purché non siano stato violati gli usi e le leggi di guerra.

Nonostante tale dicotomia non sia stata ripresa dalla Convenzione di Ginevra per la protezione delle vittime di guerra del 1949 e dai suoi Protocolli, l'espressione *unlawful combatant* ha continuato ad essere utilizzata in modo ambiguo¹⁶, con differenti significati che oscillano dal piano descrittivo a quello prescrittivo per indicare il combattente privo della protezione del diritto internazionale umanitario e punibile dal sistema giuridico nazionale: in quanto parte illegittima di un conflitto, il combattente *unlawful* merita di esser punito dall'avversario per il solo fatto di aver preso parte a un conflitto armato non internazionale (NIAC).

Nella III Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (POW) del 1949 viene peraltro superata la distinzione tra *lawful* e *unlawful*, riconoscendo l'art. 4 A lo *status* di prigioniero di guerra alle persone appartenenti a una delle categorie elencate e cadute prigioniere del nemico. Tra di esse si fa rientrare anche il *foreign fighter*, ma solo in quanto membro delle altre milizie e degli altri corpi volontari, compresi i movimenti di resistenza organizzati appartenenti a una parte belligerante, purché adempiano a una serie di condizioni¹⁷. In sostanza, il diritto umanitario non protegge il combattente straniero in quanto tale, ma solo se subordinato e appartenente a un gruppo satellite di una delle parti del conflitto¹⁸. Il discrimine, quindi, tra combattente regolare (alle condizioni sopraindicate) e irregolare rileva sul piano dell'applicabilità del diritto internazionale umanitario piuttosto che del diritto penale interno.

L'art. 43 del Protocollo I ha poi superato la distinzione tra combattente *lawful* e *unlawful*, riconoscendo a tutte le forze, gruppi e unità armate e organizzate la garanzia dello statuto di prigioniero di guerra, purché le stesse siano subordinate a un comandante che assicuri il rispetto delle regole del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati.

Queste precisazioni lasciano intendere che siffatta forma eccentrica di mobilità verso un Paese straniero ha matrice antica e si sviluppa nel presente in modo diverso: da *combatant* a *fighter* e, in tempi più recenti, a *terrorist fighter*.

¹⁶ Cfr. V. BÍLKOVÁ, *Talking about Unlawful Combatants? A Short and Concise Assessment of a Long and Multifaceted Debate*, in *CEJISS*, issue 2/2009, pp. 36 s.

¹⁷ a) abbiano alla loro testa una persona responsabile dei propri subordinati; b) rechino un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza; c) portino apertamente le armi; d) si uniformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi della guerra (art. 4 A, n. 2).

¹⁸ Si veda l'approfondimento di E. SOMMARIO, *The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law*, in *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, cit., p. 148 s.

Antenati dei *foreign fighters* furono i *muhajeddin* giunti in Bosnia durante la guerra del 1992 (conclusasi con gli Accordi di Dayton del 1995, che definiscono i combattenti stranieri «*foreign Forces, individual advisors, freedom fighters, trainers, volunteers, personnel from neighboring and other States*») e, prim'ancora, i combattenti musulmani partiti per l'Afganistan in difesa dall'invasione sovietica. È nel contesto di questi due conflitti che alla matrice politico-ideologica, alla base della migrazione per motivi di combattimento, si sostituisce quella religiosa e, precisamente, islamica, con la peculiarità che l'appartenenza religiosa è commista a quella identitaria nazionale.

L'utilizzazione ambigua dell'espressione *unlawful*, un tempo ascrivibile alla volontà di distinguere i combattenti dai civili, è tuttavia tornata alla ribalta solo a partire dalla *global war on terror* statunitense «to stigmatize and dehumanize certain groups of people in order to justify why a special legal regime must be applied to them»¹⁹.

Gli attentati terroristici dell'11 settembre del 2001 segnano, dunque, lo spartiacque verso la convergenza tra *foreign fighter* e *terrorist*, tant'è che – sia sul piano descrittivo, sia su quello giuridico – si realizza la *con-fusione* tra i due termini.

All'indomani dell'attentato, le Nazioni Unite, con la risoluzione 1373 del 28 settembre, hanno chiesto agli Stati aderenti di adottare una strategia di prevenzione al terrorismo con una vasta gamma di misure, tra cui l'introduzione del reato di erogazione o raccolta intenzionale di fondi destinati a promuovere atti terroristici, della misura del congelamento dei beni finanziari o delle risorse economiche di persone coinvolte in attività terroristiche, nonché del divieto ai propri cittadini e a qualsiasi altra persona di finanziare o sostenere in qualsiasi forma persone fisiche o giuridiche coinvolte in attività terroristiche. Nel frattempo, l'Unione europea ha adottato la posizione comune 2001/931/PESC del Consiglio (successivamente aggiornata 2005/936/PESC) con cui è stato predisposto un elenco di persone, entità e gruppi coinvolti in atti terroristici e oggetto di misure restrittive.

Nel solco di questo quadro geopolitico si inseriscono, in seguito all'occupazione dell'Iraq e della Siria e agli attentati terroristici nelle città europee, la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU 2178/2014, preceduta dalle risoluzioni nn. 1540/2004 e 2170/2014, in cui, oltre ad avere di mira le fonti di finanziamento dello Stato islamico in Iraq e nel Levante (ISIL), si dà una definizione di

¹⁹ *Ibidem*, p. 37.

foreign terrorist fighter e si individuano le linee portanti delle leggi che gli Stati hanno poi adottato nel contrasto al terrorismo internazionale

I combattenti terroristi stranieri sono individuati in coloro che «*travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict, and resolving to address this threat*». Gli elementi caratterizzanti sono dunque tre: la nazionalità straniera, il terrorismo e la partecipazione a un conflitto armato. Ed è proprio la qualificazione *terrorist acts* a destare maggiori perplessità per l'assenza di una definizione che ne chiarisca il significato²⁰.

Dalle fonti normative esaminate emerge inoltre che la comparsa del combattente straniero sullo scenario globale è perlopiù considerata «as a corollary of conflict in the Muslim world»²¹. Di qui, dunque, l'accostamento tra i *foreign fighters*, i *foreign terrorist fighters* e i *Muslim foreign fighters*. Con quest'ultima espressione si indicano coloro che combattono in nome dell'Islam per proteggere la fede e ricostruirne la purezza, espellere i non credenti dai Paesi islamici e realizzare uno Stato islamico fondato sulla legge della Sharia²².

L'attenzione dei legislatori e degli esecutivi nazionali (nonché quella delle organizzazioni sovranazionali e internazionali), assieme a quella degli studiosi, si è maggiormente concentrata sui *Muslim foreign fighters* perché, secondo taluni²³, essi rappresentano la categoria di combattenti stranieri più consistente per numero di reclutati e di conflitti in cui sono coinvolti, rispetto ai *foreign fighters* ideologicamente orientati da altri motivi, oltre che per la minaccia rappresentata da al-Qaida. Secondo altri²⁴, la differenza sta nella «persistenza» dei *Muslim foreign fighters* sulla scena mondiale, caratteristica che peraltro non può considerarsi consustanziale al movimento dei combattenti della jihad, ed è da ricercare non «with the beginnings of their conflict but with its ending»²⁵; giacché mentre la maggior parte degli altri combattenti stranieri del passato al termine

²⁰ Nota A. PETERS, *Security Council Resolution 2178 (2014): The "Foreign Terrorist Fighter" as an International Legal Person, Part I*, in *EJIL Talk!*, 2° November 2004, che la nozione di terrorismo è presente in diversi atti o convenzioni, ciononostante manca una definizione indiscussa e valida secondo il diritto consuetudinario. In tema anche M. SOSSAI, *Foreign terrorist fighters: una nozione ai confini del diritto internazionale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2015.

²¹ T. HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters*, cit., p. 53.

²² Così E. POKALOVA, *Returning Islamist Foreign Fighters. Threats and Challenges to the West*, Cham, 2020, p. 4.

²³ T. HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters*, cit., p. 56.

²⁴ D. MALET, *Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context*, in *Terrorism and Political Violence*, 27 (3), May 2015, pp. 1 ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 11.

del conflitto veniva reintegrata nei rispettivi Paesi “di ritorno”, per i *Muslim foreign fighters* vigono politiche di esclusione e punitive.

Emblematica di quest’atteggiamento respingente e di rimozione del *genuine link* tra Stato e cittadino²⁶ è la misura della revoca della cittadinanza²⁷, tesa a impedire il ritorno in patria del combattente. Si tratta di un istituto attraverso il quale gli Stati «tentano di epurare il proprio territorio dai cc.dd. *outsiders*, rendendo di conseguenza la revoca uno strumento politico, volto a pubblicizzare un rassicurante programma antiterrorismo, che nella sostanza viola, in modo diretto, il diritto ad avere una cittadinanza e, in via riflessa, la libertà di movimento, il diritto di rientrare nel proprio paese di origine e il diritto alla vita privata e familiare»²⁸.

²⁶ Il diritto ad avere una cittadinanza è sancito nell’art. 15 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, enunciato che tuttavia ha avuto scarso successo nelle successive Carte dei diritti, tant’è che lo stesso non figura nella Convenzione Edu. Da un punto di vista sostanziale rimane nella competenza statale la definizione degli aspetti di carattere procedurale, i limiti inerenti all’acquisizione, alla modifica e alla privazione della cittadinanza. Per un *excursus* si veda C. CASIELLO, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2017, pp. 354 ss. e L. PANELLA, *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei foreign fighters*, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2015.

²⁷ Rientrano tra misura di denazionalizzazione quelle relative alla revoca o perdita della cittadinanza. Tra i Paesi che per primi hanno fatto applicazione di tale misura, ben prima della risoluzione delle Nazioni Unite 2178, vi è il Regno Unito, con il *British Nationality Act* del 1981 che già riconosceva il potere di revoca al Segretario di Stato in presenza del c.d. *public good*. Nel 2014 tali poteri sono stati ampliati, aggiungendo quello relativo al sequestro del titolo di viaggio per tutte le persone di nazionalità britannica e per tutti i cittadini UE sospettati di partecipazione ad attività jihadista. Per i cittadini stranieri extra UE il ritiro è ampliato anche al permesso di soggiorno oltre che per l’adozione di misure come quella del divieto di lasciare il Paese o il divieto di ingresso. Nel 2014 la legislazione ha vissuto un forte inasprimento, prevedendo la possibilità di revoca della cittadinanza per ragioni di *public good* o minacce alla sicurezza, anche per l’individuo a rischio apolidia. In Francia è prevista dal codice civile una normativa più mite: la *déchéance de nationalité* per 10 o 15 anni per chi è «livré au profit d’un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France». Mentre la Loi 1353/2014 di implementazione della risoluzione 2178, ha introdotto: il divieto di partenza dal territorio nazionale dei sospettati di partecipare ad attività terroristiche; il divieto per stranieri non residenti, considerati una minaccia per la sicurezza, di fare ingresso nel territorio francese o di permanervi; il sequestro dei documenti di viaggio per i cittadini sospettati di partecipare ad attività di stampo terroristicco. Anche in Italia sono state introdotte misure simili nello stesso periodo con il d.l. 7/2015, e il riconoscimento del potere al Questore di revoca dei documenti di viaggio nei confronti dei *foreign fighters*. Solamente con il d.l. 113/2018 è stata introdotto l’istituto della revoca della cittadinanza attraverso l’inserimento dell’art. 10-bis della l. 91/1992, per chi abbia acquisito la cittadinanza ai sensi degli artt. 4, co. 2, 5 e 9 della medesima legge, in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall’art. 407, co. 2, lett. a), n. 4), c.p.p., nonché per i reati di cui agli artt. 270-ter e 270-quinquies 2, c.p.. In tema si rinvia a P. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021, pp. 86 ss.

²⁸ C. CASIELLO, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, cit., p. 380.

3. Il paradigma della sicurezza preventiva nell'approccio UE: punire e sorvegliare

L'approccio dell'Unione europea e dei Paesi suoi membri al problema dei combattenti stranieri riflette quello del diritto internazionale umanitario e delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

La strategia di "sicurezza preventiva" dell'Unione si fonda principalmente su due binari: la punizione (penale e/o amministrativa) circa il sospetto del futuro compimento di un fatto pericoloso e l'attività di sorveglianza di massa della mobilità, tramite la raccolta e il trattamento di metadati.

Si tratta di una logica che anticipa la tutela della sicurezza a uno stato antecedente rispetto a quello che solitamente è previsto per le misure di prevenzione di stampo penale e di polizia²⁹. Quest'ultime, infatti, ruotano intorno all'idea del *rischio*, dunque implicano l'impiego di parametri, più o meno divisibili, di manifestazione del *sospetto*. Le misure di contrasto ai combattenti stranieri, invece, si fondano sull'idea del *pericolo*, che – al contrario – non è verificabile perché «asintomatico, nella sostanza privo di elementi idonei ad obiettarlo»³⁰.

C'è un elemento di frizione comune nella logica della prognosi *ex ante* che caratterizza le politiche di prevenzione e cioè che «i beni costituzionalmente rilevanti non sono allineati nel tempo, risultando soddisfatti in momenti diversi, infatti la sicurezza riceverà un vantaggio solo in prospettiva, le libertà subiscono un danno già nell'immediato»³¹.

Il passaggio dalla strategia di contrasto dal mondo degli atomi a quello dei *bit* pone ulteriori elementi di complessità con cui il decisore politico è chiamato a confrontarsi nel bilanciamento tra libertà e sicurezza. Va ricordato, infatti, che la somma di dati, ossia di quelle piccole tracce informatiche che ciascuno lascia durante l'attività di navigazione *online* (per qualsiasi scopo) o nell'ambito della comunicazioni elettroniche, permette di ricostruire informazioni e «di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati» (*Digital Rights Ireland*, p. 27). Si comprende, allora, come l'accesso e la

²⁹ Così V. BALDINI, *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e Stato costituzionale di diritto*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2016, p. 3.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ G. De MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., p. 62.

disponibilità di una mole così ampia di informazioni e di scopi connessi, che siano di natura economica e/o rilevanti per l'utilizzazione nei procedimenti predittivi (*data mining*), possano allinearsi ai principi e ai valori costituzionali a partire dal rispetto del canone della proporzionalità e secondo un utilizzo della tecnica nell'attività di raccolta, conservazione e trattamento dei dati che sia rispettoso delle norme vigenti.

3.1. Punire

Se è pacifico che lo «svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire» (Corte cost. 27/1959), l'anticipazione della tutela penale in questo versante del diritto si connota per scelte di politica criminale in cui «le fattispecie penali occupano un campo che è proprio delle misure di prevenzione» (ossia, la punibilità non riguarda il fatto ma la pericolosità dell'autore) e, al tempo stesso, «la prevenzione si carica di contenuti punitivi»³².

La prima tappa che connota questo indirizzo è quella che coincide con l'adozione della decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI e col suo aggiornamento 2008/919/GAI, entrambe rivolte alla lotta al terrorismo e con cui si dettano le linee guida per orientare alla definizione ravvicinata dei reati terroristici in tutti gli Stati membri. Accanto alle due decisioni, merita ricordare la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 2005, con cui gli Stati parte si sono impegnati a rafforzare l'impegno in tal senso, cercando al contempo di non comprimere la libertà d'espressione, di associazione e di religione.

Può qui rilevarsi l'influenza della già menzionata risoluzione 1624 (2005) del Consiglio di Sicurezza, sulla punibilità di comportamenti che provochino, preconizzino, inducano, addestrino alla commissione di atti terroristici.

Analogamente alla risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di sicurezza, il Consiglio d'Europa ha adottato a sua volta nel 2015 il Protocollo addizionale alla Convenzione per la prevenzione del terrorismo, così da integrarne le previsioni con quelle dedicate al fenomeno delle persone che si

³² Così M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, n. 1/2018, p. 91.

recano all'estero al fine di commettere reati di terrorismo o contribuire o partecipare alla loro commissione oppure impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici nel territorio di un altro Stato.

Tuttavia, è solo con la direttiva (UE) 2017/541 che l'Unione ha perseguito l'obiettivo dell'armonizzazione delle discipline *counterterrorism* dei vari Paesi membri, insieme al *focus* specifico sul pericolo costituito dai "viaggi ai fini terroristici" dei combattenti stranieri. Qui se ne dà una definizione all'art. 9, indicando la condotta compiuta intenzionalmente da chi si reca nello Stato membro al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo (art. 3), o partecipa alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo (art. 4), impartisce o riceve un addestramento a fini terroristici (artt. 7 e 8); o *intraprende atti preparatori* con l'intento di commettere o di contribuire alla commissione di un reato di terrorismo (art. 3, corsivo di chi scrive). Coerentemente a tale impostazione, poi, è stata ampliata la fetta dei reati di opinione (con relativo *vulnus* al *free speech*) quando la divulgazione del messaggio terrorista sfoci in apologia.

La spirale dell'anticipazione del fatto tocca il suo apice nell'art. 13, ove si stabilisce che, affinché i reati riconducibili a un gruppo terroristico (art. 4) o i reati connessi all'attività terroristica (titolo III) siano punibili, non è necessario che un reato di terrorismo sia stato effettivamente commesso né è necessario stabilire un collegamento con un altro reato specifico elencato nella direttiva, senza contare poi l'anticipazione dell'anticipazione, contenuta all'art. 14, che punisce addirittura il tentativo del reato di pericolo, con obliterazione definitiva del principio di offensività.

Coglie nel segno, allora, la critica di mancanza di certezza del diritto e di mancato ossequio al principio di legalità correttamente inteso (vale a dire nel senso di una previa descrizione rigorosa della condotta da incriminare), dal momento che la disposizione da ultimo in esame prevede la punibilità dei reati connessi al terrorismo anche se il reato di terrorismo di per sé non sia stato effettivamente commesso. In questo modo «it becomes less evident what is distinctive about terrorism. This prompts the question what justifies retaining terrorism as a distinct offence?»³³.

³³ S. WITTENDORP, *What's in a definition? Is the proposed EU Directive on Combating Terrorism still about terrorism?*, in *leidensecurityand-globalaffairsblog*, 25 July 2016. Va precisato che l'autore si riferisce qui alla proposta della direttiva.

Secondo la dottrina³⁴, si tratta di fattispecie afferenti al diritto penale dell'emergenza e del tipo d'autore³⁵, in cui prevale la funzione generalpreventiva e socialpreventiva, ossia di neutralizzazione e deterrenza dei nemici. Occorre specificare, tuttavia, che il garantismo europeo, seppur annacquato, si distanzia dall'approccio statunitense contro gli *enemy combatants*³⁶, che è invece *normativamente* improntato al paradigma del diritto penale del nemico. Ciononostante, un'eccessiva diffusione del reato di pericolo presunto come forma di incriminazione produce conseguenze specifiche anche sul piano giurisdizionale, avvicinando l'attività di polizia di sicurezza a quella giurisdizionale³⁷.

Quanto alle tensioni che tale approccio securitario ha prodotto in relazione al rapporto con la *rule of law* e i diritti e le libertà fondamentali, queste sarebbero, secondo la Commissione europea, pacificamente risolte³⁸. A suo parere, infatti, la direttiva ha sì impattato sui diritti e le libertà fondamentali, ma soddisfacendo ampiamente i requisiti di necessità e proporzionalità, in linea con l'art. 52, par. 1, della Carta UE dei Diritti fondamentali, visto che si tratta di limiti introdotti dalla legge, secondo il principio di proporzionalità e necessità. Inoltre, i suddetti limiti risponderebbero – sempre a parere della Commissione – effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La lettura incrociata della relazione della Commissione con la nota dell'Agenzia europea FRA³⁹ (uno degli *stakeholder* che ha denunciato le problematiche poste dalla direttiva) fa emergere che la

³⁴ Per tutti, si veda M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico». Prima parte: il riemergere del «nemico» nelle politiche penali contemporanee*, in *Cassazione penale*, n. 2/2006, pp. 700 ss., per il quale si tratta di un diritto penale della prevenzione e della neutralizzazione e non della colpevolezza o della retribuzione del reo.

³⁵ Una formula da intendersi qui in senso descrittivo e non normativo, come invece la intendono gli studi sugli idealtipi compiuti da G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feinsstrafrecht*, in *HRRS* n. 3/2004, pp. 88 ss., sul diritto penale del nemico e del cittadino. Per il cittadino lo scopo del diritto penale è quello di reintegrare il reo nel patto sociale, mentre per il nemico, ossia colui che si pone per principio fuori dell'ordinamento, il diritto penale svolge una funzione di eliminazione del pericolo, ciò legittimerebbe l'esclusione delle garanzie che lo Stato di diritto appresta al cittadino.

³⁶ In tema cfr., *ex multis*, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico» prima parte*, cit.; F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it, data; A. DI MARTINO, *Political branches, Corte Suprema e corti di common law nei casi su Guantanamo*, in *Costituzione e sicurezza dello Stato*, cit., pp. 761 ss.

³⁷ Sul ruolo della magistratura rispetto allo scopo della neutralizzazione si veda ancora M. DONINI, *Terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Questione giustizia*, n. spec. *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016, pp. 127 ss.

³⁸ European Commission, *Evaluation of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA*, SWD(2021) 324 final, 18.11.2021.

³⁹ Fra, *Directive (EU) 2017/541 on combating terrorism — Impact on fundamental rights and freedoms*, 18 November 2021.

Commissione fonda le sue deduzioni sul valore taumaturgico del diritto penale, ritenuto idoneo di per sé a garantire quei principi dell'art. 52 della Carta. Dal canto suo, l'Agenzia sottolinea invece come sia proprio lo strumento del diritto penale a necessitare di esser maneggiato con maggiore cautela, tanto in termini di chiarezza e prevedibilità, quanto a salvaguardia della libertà di espressione e di informazione, della libertà delle arti e delle scienze e della libertà di movimento, poiché la formulazione così ampia dei sopra elencati reati di mero pericolo può coinvolgere anche i professionisti dell'informazione, gli studiosi o gli attivisti nello svolgimento delle loro attività di ricerca. Altri punti problematici attengono – in tale prospettiva critica – alla necessità di prestare una maggiore attenzione per gli strumenti investigativi adoperati e al diritto di difesa, al rischio di forme di discriminazione diretta o indiretta verso gruppi determinati, principalmente quelli legati al jihadismo, all'esigenza di evitare che gli scopi della lotta al terrorismo producano effetti sproporzionati su determinati gruppi di persone, come i secessionisti o gli anarchici, o sui cittadini extra UE, infine all'applicazione di idonee garanzie nel caso del ricorso a sanzioni amministrative.

3.2. Sorvegliare

L'altra gamba su cui si regge la lotta dell'Unione per prevenire i viaggi dei *foreign fighters* per motivi terroristici è quella della raccolta dei dati. Le specificità del mondo *online* (la relativa facilità di accesso e fruizione, la multimedialità, l'a-territorialità, la transnazionalità) fanno sì che la tecnologia sia uno strumento polivalente. In quanto tale, di essa si servono sia i combattenti stranieri, sia i *lawmakers*, per scopi naturalmente opposti.

È significativo che – prima ancora dell'adozione della direttiva 2017/541/UE – l'Unione, nell'ambito del pacchetto di riforma sulla protezione dei dati personali adottato all'indomani degli attacchi terroristici di Parigi e Bruxelles del 2015, abbia accelerato l'*iter procedimentale* che ha condotto all'adozione della direttiva 2016/681/UE sul trattamento dei dati identificativi del codice di prenotazione (PNR - *Passenger Name Record*) forniti dai viaggiatori e raccolti dai vettori aerei per fini commerciali, per gli ulteriori scopi di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi.

In base alla direttiva, sono trasferiti i dati PNR dei voli extra-UE e a questi sono equiparati i viaggi intra-UE su decisione degli Stati membri, con la possibilità di decidere di selezionare i voli

ritenuti necessari per perseguire gli obiettivi della direttiva. Ciascuno Stato membro stabilisce o designa l'autorità competente (UIP - unità d'informazione sui passeggeri) incaricata di raccogliere, conservare (fino a cinque anni), trattare e trasferire i dati PNR e di scambiare sia i dati PNR che i risultati del trattamento di tali dati con le UIP degli altri Stati membri e con Europol. Lo Stato membro designa anche l'autorità incaricata della protezione dei dati personali raccolti, il cui trattamento – specifica il legislatore europeo – dovrebbe essere proporzionato agli obiettivi specifici di sicurezza perseguiti dalla direttiva. L'UIP può trattare i dati per sottoporre a verifica i passeggeri che potrebbero essere implicati in reati di terrorismo o in reati gravi.

Rispetto alla normativa qui brevemente tracciata, può condividersi il giudizio di chi stigmatizza la raccolta di una mole così ampia ed eterogenea di informazioni⁴⁰ di chiunque sia trasportato o da trasportare in un aeromobile, se risulta dalla registrazione nell'elenco dei passeggeri. In questo modo si realizza un sistema di sorveglianza capillare e indiscriminato, cui si affianca il potere di compiere il trattamento dei dati non correlato «ad una attività investigativa ex post di tipo reattivo...o ad una attività di trattamento dei dati PNR svolta in tempo reale», ma consistente in «un inedito controllo ex ante basato su un uso proattivo dei dati PNR finalizzato a svelare sospetti criminali o terroristi ancora ignoti, analizzando i dati PNR di tutti i viaggiatori»⁴¹.

L'analisi algoritmica utilizzata, poi, deduce a partire dai dati esistenti la previsione di possibili comportamenti di rischio futuri (c.d. *risk-based approach*⁴²). Si tratta, tuttavia, di un'operazione rispetto alla quale è difficile ricostruire il rapporto di causalità, poiché, per ragioni di efficacia, i fattori di rischio considerati non sono resi noti. Inoltre, non può essere espunta dal novero delle censure la perplessità di ricostruire il proposito criminoso a partire da informazioni raccolte per finalità commerciali e poi trasformate in indicatori rilevanti per la sicurezza.

⁴⁰ G. TIBERI, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2016, pp. 590-591, si tratta infatti di informazioni specifiche inerenti il viaggio (date di prenotazione e di viaggio, itinerario completo, compagnia aerea, numero di volo, date, orari e aeroporti di partenza e arrivo), dati personali (quali nomi dei passeggeri, dati di contatti quali indirizzo, numero telefonico, indirizzo di posta elettronica, nonché informazioni anticipate sui passeggeri, quali documento di identità, cittadinanza, sesso) e dati personali «relazionali» (quali dati sulle modalità di pagamento, inclusi i dati della carta di credito e l'indirizzo di fatturazione, informazioni sui viaggiatori abituali, informazioni relative al bagaglio o al numero di viaggiatori).

⁴¹ *Ibidem*, p. 592.

⁴² E. ORRÙ, *The European PNR Directive as an instance of pre-emptive, risk-based algorithmic security and its implications for the regulatory framework*, in *Information Polity*, n. 27/2022, p. 136.

Un altro aspetto su cui vale la pena soffermarsi riguarda il rapporto tra norma e fatto⁴³, con la prima che non mira a pre-ordinare la realtà, nel senso di prescrivere regole che orientano il comportamento individuale, bensì a catturare dal comportamento *naturale* della persona elementi di rischio su cui si innestano le misure precauzionali. In altri termini, la capacità di siffatte misure di identificare il pericolo dipende dall'accuratezza della raccolta di dati empirici. La normativa avrebbe, dunque, l'unica aspirazione di rilevare le «deviations within the *Sein* (what is), independently of their relationship with a *Sollen* (what ought to be)»⁴⁴.

Gli evidenziati profili di criticità della direttiva si intrecciano, infine, con quelli derivanti dalla possibilità del trasferimento dei suddetti dati anche verso e da Paesi extra-UE, sulla base di accordi internazionali come quelli stipulati dall'Unione europea con gli USA, il Canada⁴⁵ e l'Australia; in questi casi è essenziale, ma non scontato, che il Paese terzo assicuri un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito nell'Unione⁴⁶.

Sullo sfondo restano i diritti protetti dagli artt. 7, 8, 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *data retention* (direttiva 2006/24/CE) e nella c.d. *saga Schrems*⁴⁷ (decisione 2000/520 della Commissione) ha contribuito a chiarire la complessità del rapporto tra legalità costituzionale, diritti fondamentali e potere generale di prevenzione attraverso i metadati.

Più precisamente, a essere oggetto di censura nel caso *Digital Rights Ireland*⁴⁸ è l'ingerenza della direttiva nel campo materiale presidiato dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza. I giudici di

⁴³ *Ibidem*, pp. 137 ss. Le norme della direttiva 541/2017 difetta di individuare il collegamento trasparente tra fatto giuridico e conseguenze legali. Ciò incide sulla concezione degli individui come agenti morali che sono in grado di modificare il proprio comportamento orientando le proprie azioni sulla base di norme generali e astratte.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁴⁵ Sull'Accordo firmato il 25 giugno tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione, è intervenuto il parere della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 26 luglio 2017. La Corte ha dichiarato l'incompatibilità dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione con gli artt. 7, 8 e 21 nonché con l'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali UE, per la genericità nella definizione dei dati trasferibili, tale da farvi rientrare anche quelli sensibili, rispetto ai quali si evidenziavano i rischi connessi a trattamenti contrari al principio di non discriminazione; in ragione dei modelli e criteri prestabiliti per i trattamenti automatizzati non sufficientemente specifici e affidabili da selezionare soltanto i soggetti gravati da un ragionevole sospetto di coinvolgimento in reati di terrorismo o a gravi reati di natura transnazionale; in riferimento al mancato rispetto dei tempi di conservazione dei dati. Richiamando il caso *Digital Rights Ireland*, si precisa che l'accesso delle autorità canadesi ai dati stessi dev'essere subordinato a un controllo giurisdizionale o amministrativo-indipendente preventivo.

⁴⁶ In tema, di recente, F. TASSINARI, *The European Union Adequacy Standard in the Field of Data Protection: A Competence Approach*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/ 2022.

⁴⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza 6 ottobre 2015, C-362/14; sentenza 16 luglio 2020, C-311/18.

⁴⁸ CGUE (Grande Camera), sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12.

Lussemburgo, pur riconoscendo l'interesse generale della lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, ritengono che essa si sia spinta oltre i limiti di quanto strettamente necessario allo scopo. La direttiva, infatti, riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza prevedere né che quelle i cui dati vengono conservati si trovino, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali, né tantomeno alcun criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e il loro uso ulteriore a fini di prevenzione, di accertamento o di indagini penali riguardanti reati gravi.

La Corte, anche nella giurisprudenza successiva⁴⁹, ha confermato che l'unica forma di *data retention* compatibile con l'art. 52, par. 1 della Carta è quella *targeted*, ossia mirata⁵⁰. Si tratta di un filone significativo anche per le vicende che riguardano i *foreign fighters*, poiché nel caso *H.K. v Prokuratuur*⁵¹ è stato chiarito in maniera esplicita che la normativa nazionale può consentire l'accesso da parte delle autorità pubbliche all'insieme di dati idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, solo se tale attività sia circoscritta a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica.

Nei mesi che verranno⁵², si avranno risposte più circoscritte sulla compatibilità del sistema di raccolta, trasferimento e trattamento generalizzato dei dati dei passeggeri previsto dalla direttiva 2016/681. Nel frattempo, la tendenza generale che può ricavarsi dall'analisi dei casi *Digital Rights Ireland* e *Schrems I e II* è che la Corte ha assunto il ruolo di contrappeso, rispettivamente del legislatore europeo (Parlamento e Consiglio) e della Commissione, in una prospettiva *fundamental rights oriented*. Il paradosso è che siffatto meccanismo di *checks and balances*⁵³ non è riuscito comunque a realizzare l'equilibrio tra poteri in modo far avanzare la tutela dei diritti sulla sicurezza, perché né i legislatori nazionali, né quello europeo si sono adoperati affinché le indicazioni rese

⁴⁹ CGUE (Grande Camera), sentenza 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15; sentenza 6 ottobre 2020, C-623/17; sentenza 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁵⁰ G. FORMICI, *L'incerto futuro della data retention nell'Unione europea: osservazioni a partire dalla sentenza H.K. v Prokuratuur*, in *SIDIBlog*, 27 aprile 2021.

⁵¹ CGUE (Grande Camera), sentenza 2 marzo 2021, causa C-746/18.

⁵² Il riferimento è alle due questioni pregiudiziali sollevate dalla Cour constitutionnelle del Belgio (C-817/19) e dall'Amtsgericht Köln della Germania (C-148/20).

⁵³ In tal senso G. DE MINICO, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017, pp. 17 ss.; nonché EAD., *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., pp. 228 ss.

dalla giurisprudenza si traducessero in *framework counterterrorism* ispirati alla proporzionalità e alla necessità.

La nuova stagione di violenza segnata dal terribile omicidio Paty in Francia, nel 2020 e dall'attentato di Vienna, nel 2021, porterà a nuove forme di radicalizzazione della stagione del *risk-assessment approach*, come lasciano presagire i quattro pilastri (“prevedere, prevenire, proteggere e reagire”), su cui si fonda la strategia⁵⁴ del nuovo programma di lotta al terrorismo dell'UE per l'Unione della sicurezza⁵⁵. Il centro di gravità del nuovo programma *counterterrorism* è il raddoppio degli sforzi della sorveglianza nel mondo dei *bit*. La strategia volta a garantire la sicurezza delle frontiere ha il suo perno nell'interoperabilità dei sistemi di informazione dell'UE per procedere a verifiche sistematiche delle banche dati pertinenti (SIS, EES, ETIAS, ECRIS-TCN) che riguardano tutti i viaggiatori alle frontiere esterne, siano essi sospettati di terrorismo o meno, con un evidente sacrificio del diritto all'autodeterminazione informativa di tutti.

4. Una prospettiva preventiva, non solo afflittiva

Nell'era del terrorismo internazionale il ruolo assunto dal diritto nel rapporto tra costituzionalismo dei diritti e sicurezza è quello di costituire uno strumento di rassicurazione per la collettività, obiettivo il cui raggiungimento richiede sì interventi di carattere repressivo, ma senza tralasciare di realizzare attraverso i pubblici poteri «le condizioni per una piena espressione della persona e della sua dignità»⁵⁶.

L'ampliamento della sfera della sicurezza, se non operato alla luce del principio personalista e di quello pluralista, produce effetti sistematici negativi, poiché oltre a restringere la sfera dei diritti individuali (mettendo sotto *stress* i limiti delle riserve di legge e giurisdizione) e dei valori agli stessi sottesi, può sfociare nell'invocazione di un vero e proprio diritto individuale alla sicurezza –

⁵⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un programma di lotta al terrorismo dell'UE: prevedere, prevenire, proteggere e reagire*, COM(2020) 795 final, 9.12.2020.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione sulla strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, COM(2020) 605 final, 24.7.2020.

⁵⁶ T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, p. 6.

inteso come diritto autonomo di prestazione e altresì giustiziabile – che si pone al di fuori dell'area costituzionale⁵⁷.

Verso quest'ultima direzione si dirige la *milestone* della sicurezza preventiva, che nell'ambito del tema qui trattato ha assunto caratteristiche topografiche ben precise: 1) le misure *supra* ripercorse sono diventate una costante del sistema, abbandonando così le esigenze di temporaneità ed eccezionalità che dovrebbero accompagnare la difesa della *salus rei publicae*; 2) si è passati a tre diversi paradigmi: *i*) «from an investigation of acts (...) to an emphasis on suspicion»; *ii*) «from targeted action to generalised surveillance»; *iii*) «underpinning both, a temporal shift from the past to the future»⁵⁸.

Questa chiave di lettura è confermata anche all'esame del nuovo programma per l'Unione della sicurezza, che mostra un avanzamento della componente della sorveglianza, in piena aderenza allo spirito del tempo del dominio della tecnologia. Pur non attingendo la sfera dell'*habeas corpus*, esso è idoneo a interferire con l'autodeterminazione informativa, con l'esercizio dei diritti fondamentali ad essa connessi, oltre che con garanzie del giusto processo e del giusto procedimento.

Resta la criticità di un nodo che l'Unione, evidentemente, non vuole sciogliere. Nonostante che nelle conclusioni di tale programma si individui la protezione più forte contro la minaccia terroristica quale fondamento della società inclusiva e accogliente, pienamente rispettosa dei diritti di tutti e dei valori democratici, nessuna azione è dedicata alla costruzione della coesione sociale, di modo che ognuno avverta il rispetto per la propria identità e si senta pienamente parte della comunità nel suo complesso.

In altri termini, con una dose di moderato realismo si può convenire sulla irrealizzabilità di un sistema di regole eccessivamente garantista che non tenga conto che la sicurezza è condizione dell'esercizio dei diritti, come affermato anche nell'art. 6 della Carta di Nizza, a tenore del quale «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza»; ma l'ulteriore gamba su cui uno Stato liberal- democratico dovrebbe reggersi in ottica preventiva sarebbe di investire sul sistema dei diritti e doveri di libertà, di istruzione e di natura socio-economica.

⁵⁷ Sul punto T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, cit., p. 11; A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014, pp. 560-61.

⁵⁸ Così V. MITSILEGAS, *The security union as a paradigm of preventive justice: challenges for citizenship, fundamental rights and the rule of law*, in S. CARRERA, V. MITSILEGAS (eds.), *Constitutionalising the Security Union Effectiveness, rule of law and rights in countering terrorism and crime*, Brussels, 2017, p. 6.

A suggerirlo è sia l'insegnamento della dottrina sul bilanciamento tra valori, sia le azioni volte a prevenire la radicalizzazione prima ancora che i suoi effetti.

Per il primo, è utile riportarsi alla differenza tra principi e regole. I primi hanno le dimensioni del "peso" e dell'"importanza", mentre le seconde sono applicabili nella forma "tutto o niente". Pertanto, nella limitazione dei diritti fondamentali, è necessario procedere a delicate operazioni appunto di bilanciamento che tengano conto della loro inviolabilità⁵⁹.

Quest'ultimo concetto si compone di una dimensione al contempo difensiva ed espansiva. La prima non tollera limitazioni al nucleo essenziale dei diritti, mentre le aree periferiche del diritto in discorso potranno subire limitazioni proporzionali alla promozione di altro interesse di pari importanza. La seconda, invece, riguarda quanto è richiesto affinché il diritto sia effettivamente goduto. Ciò implica che siano rimossi gli ostacoli e/o le violazioni al suo esercizio. Tale indirizzo esegetico è utile a delineare l'area del sacrificio costituzionalmente sostenibile dei diritti fondamentali dei *foreign fighters*, di modo che i) l'anticipazione della soglia di punibilità, insieme all'attività di sorveglianza, sia modulata nel rispetto di una rigorosa definizione legislativa degli atti incriminati, evitando il ricorso a descrizioni tautologiche; ii) gli stessi siano prodromici alla commissione del reato, secondo il canone dell'*id quod plerumque accidit*; iii) non siano pretermesse le garanzie fondamentali di legalità, proporzione, controllo giudiziario ed equo procedimento.

Il secondo obiettivo presuppone la consapevolezza che i movimenti verso guerre altrui e il ritorno nei Paesi di origine segnalano un problema che è insieme personale e della collettività: non solo quanto alla classica dicotomia amico/nemico o libertà/sicurezza, bensì sotto il profilo dell'esistenza di conflittualità all'interno della società plurali, multiculturali, multiethniche e multireligiose, che mostra l'affanno a governare la radicale diversità, a mantenere l'unità e la pace sociale.

In altri termini, il fenomeno dei *foreign fighters* mette alla prova la credibilità del principio di eguaglianza e della pari dignità sociale inscritto nel DNA del costituzionalismo moderno, dinanzi ai fenomeni di esclusione economico-sociale alla base della radicalizzazione. Molti degli attacchi terroristici compiuti nelle città europee, che hanno condotto alle linee di tendenza legislative sopra esaminate, non provengono infatti dall'esterno, ma sono opera di soggetti radicalizzati che vivono

⁵⁹ G. PINO, *Diritti fondamentali*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, pp. 217-219.

«nella società contro cui dirigono la propria violenza e solo nella fase precedente al passaggio all'azione hanno aderito alla “religione dell'Isis”, al di fuori dei quadri comunitari: in questo senso sarebbe più corretto parlare di islamizzazione della radicalità, più che di radicalizzazione dell'Islam»⁶⁰, evidenziando la duttilità della radicalizzazione, che può trovare alimento e spiegazione tanto nella chiave religiosa, quanto in quella politica.

Di fronte a questo scenario, è utile interrogarsi sulla possibilità di adottare un approccio autenticamente rivolto a rendere sostenibili le premesse su cui si fonda lo Stato liberal-democratico, al fine di rifondare e superare l'obiettivo della neutralizzazione, in favore di quello dell'inclusione del combattente straniero.

Si tratta, evidentemente, di una sfida importante, non sostenibile solamente dal diritto, ma che invoca il supporto anche di altre scienze sociali e, al tempo stesso, impegna i decisori politici a ripensare la retorica precauzionale e a cementare le basi condivise della convivenza sociale.

5. I *foreign fighters* nel conflitto russo-ucraino

La drammaticità degli eventi a est dello spazio europeo impone all'odierno lavoro di confrontare le tesi *supra* sviluppate con un'ulteriore domanda, ovvero quale potrebbe essere il trattamento giuridico che verosimilmente si riserverà al *foreign fighter* del conflitto russo-ucraino.

Come noto, sia la Russia che l'Ucraina stanno arruolando combattenti stranieri tra le fila dei loro eserciti. Nel sito web del Ministero della difesa ucraino⁶¹ una pagina contiene le indicazioni sulla procedura⁶² da seguire per arruolarsi nella Legione di difesa ucraina. Anche la Russia sta ricorrendo al reclutamento di combattenti stranieri, in particolare a veterani del conflitto siriano, ma ha dichiarato che quelli giunti dall'Occidente per combattere nelle fila ucraine non saranno considerati

⁶⁰ R. CORNELLI, *Violenza organizzata e appartenenza religiosa. Il caso dell'Isis*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3/2018, p. 20.

⁶¹ <https://fightforua.org>

⁶² Presentando domanda attraverso Consolati e Ambasciate e stipulando il *voluntary contract-based military service* per entrare a far parte delle *The Armed Forces of Ukraine*.

né combattenti, né prigionieri di guerra secondo le regole della Convenzione di Ginevra: «nel migliore dei casi, possono aspettarsi di essere perseguiti come criminali»⁶³.

Con riferimento alla situazione dei combattenti italiani, il primo nodo da sciogliere è se la cessione di armi possa legittimare l'afflusso di volontari verso la Legione di difesa ucraina, la risposta a tale domanda presuppone una breve digressione sulla posizione assunta dall'Italia nel conflitto. Successivamente si tratterà più specificamente la questione della punibilità o meno dei combattenti italiani.

5.1. Guerra ripudiata / intervento armato

L'eccedenza della concretezza dei rapporti di forza rispetto alle caratteristiche consolidate di guerra difensiva e del pacifismo⁶⁴, ricavabili dagli artt. 2 e 33 della Carta delle Nazioni Unite, nonché dall'art. 11 della Costituzione, produce effetti nel diritto costituzionale, in cui, nel bilanciamento tra ripudio della guerra e vincolo esterno scaturente dall'adesione a organismi preposti a garantire la sicurezza internazionale, si moltiplicano le occasioni dei conflitti legittimi.

Nonostante il lessico giuridico si soffermi – come appena ricordato – sul netto «ripudio»⁶⁵ della guerra⁶⁶, l'esigenza di evitare un isolamento tra gli Stati occidentali non ha impedito la

⁶³ Così il portavoce del ministero della Difesa russo Igor Konashenkov, <https://www.agcnews.eu/ucraina-per-i-russi-le-brigate-internazionali-saranno-trattate-da-criminali> (la traduzione è nostra). Note critiche sono espresso da: L. HILL-CAWTHORNE, *The Prosecution of British Fighters by Pro-Russian Separatists in Ukraine*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 14 June 2022, e R. PROVOST, *Rebel prosecutions of foreign fighters in Ukraine*, in *Lieber Institute West point- Ukraine symposium*, 14 July 2022.

⁶⁴ Da ultimo A. RUGGERI, *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, in *Consulta online*, 27 febbraio 2022, che riconosce alla pace rango di bene assoluto, valore “supercostituzionale” e diritto fondamentale nonché dovere inderogabile.

⁶⁵ Superata la tesi, sostenuta da G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1957, pp. 403 ss., del valore non obbligante dell'art. 11, l'impiego della parola ripudio implica una netta condanna alla guerra aggressiva che esclude in radice l'esistenza dello *ius ad bellum* e ne indica il significato normativo: sul punto, per tutti, M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010, p. 34. Secondo la lettura prevalente in dottrina, l'unica forma di guerra ammessa dalla Costituzione italiana è quella difensiva, ossia quella guerra inevitabile per aggressione subita. Sul perimetro concettuale della nozione di guerra difensiva, una parte della dottrina ne accoglie una definizione particolarmente rigida, che esclude qualsiasi forma di violenza o minaccia di ricorrere alla forza armata con *animus bellandi*: tra questi U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2005, pp. 109 ss., secondo il quale per genealogia, formulazione e struttura complessiva dell'articolo 11, il pacifismo è un superprincipio che rende giuridicamente impossibile per l'Italia una guerra non puramente difensiva. Altra parte della dottrina, in modo meno drastico, estende la nozione non solo alla reazione all'aggressione al territorio, ma anche alla tutela del patrimonio di valori comuni con gli altri popoli alleati, sicché sono considerate legittime, tra le altre, la guerra preventiva e quella di aiuto ad altri popoli minacciati della

partecipazione dell'Italia alla guerra del Golfo (1990), quella in Kosovo (1999), poi in Afghanistan (2001), e ancora in Libia (2011), stante la mitigazione contenuta nella seconda e terza parte dell'art. 11. Come noto l'articolo ammette le «limitazioni di sovranità necessarie» per assicurare «la pace e la giustizia fra le Nazioni» e per lo stesso scopo «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali» ivi rivolte. La seconda parte della disposizione⁶⁷, tesa con la prima parte a realizzare il principio pacifista, insieme all'interpretazione del diritto costituzionale conforme al diritto internazionale, permette di chiarire i limiti della nozione di guerra difensiva, intesa in senso individuale e collettivo (Corte internazionale di giustizia caso *Nicaragua/Stati Uniti*, sentenza 27 giugno 1986, par. 176).

Per quanto riguarda poi la distinzione tra guerra e altre forme di uso della forza nei rapporti interstatali, si ricava sempre dal caso appena ricordato che sono da ritenersi vietati per consuetudine anche la semplice minaccia o l'uso della forza in forme diverse dalla guerra classica.

Nelle relazioni tra gli Stati, alla nozione di “conflitto” classicamente intesa si sono aggiunte le cosiddette guerre umanitarie e preventive, che trovano nella motivazione della *guerra giusta*⁶⁸, nel primo caso, e nel ritorno alla *ragion di Stato*⁶⁹, nel secondo, le rispettive giustificazioni.

propria libertà: per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2009, pp. 54 ss.

⁶⁶ Intesa come scontro diretto interstatale diretto ad annientare il nemico secondo G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, p. 5, o in senso più ampio come qualsiasi forma di violenza bellica a essa equiparabile, secondo M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 44.

⁶⁷ In senso contrario U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, cit., pp. 111 ss.

⁶⁸ Espressione usata nel diritto romano il cui significato può essere ricavato dalla ricostruzione di Cicerone nelle sue opere più mature, la guerra giusta è quella dichiarata secondo i riti e le procedure dello *ius fetiale*. La concezione che si fa poi dominante dal Medioevo cristiano, al Seicento, fino all'età contemporanea e oltre, è quella che ritrova nell'aggettivo *iustum* l'espressione di un'attenzione progressiva a valutazioni non solo giuridiche, ma anche etiche sulle cause, i modi e le forme di condurre le operazioni di guerra, ossia allo *ius in bello*, oltre che *ad bellum*. A riflettere sulla la dissoluzione dello *jus publicum europaeum*, ossia dell'ordine stabilito nel 1648 col trattato di Westfalia e la costruzione di un ordinamento giuridico universale del mondo garantito dalla Società delle Nazioni che segna una svolta nel diritto internazionale, e dunque anche della guerra, è C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, 2008. Nel testo l'A. evidenzia come il concetto dominante di *bellum iustum* in questo nuovo ordine, conduce ad una nozione di rifiuto della guerra fortemente eticizzata, orientata alla difesa dei principi pacifisti e di difesa dei valori universali, che comporta la squalificazione della posizione degli avversari, poiché la battaglia contro il nemico diventa una battaglia per i valori supremi. In tema si rinvia al riepilogo della evoluzione concettuale che del tema ha sinteticamente compiuto da ultimo S. PRISCO, *La guerra, la pace, il compito del giurista. Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*, relazione al IX Convegno della Società italiana di Diritto e Letteratura, Campobasso, 30 giugno – 1° luglio 2022, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022, pp. 190 ss. e alla bibliografia ivi richiamata circa la fase storica nella quale si è generata nel Novecento la problematica della cosiddetta “costituzionalizzazione del diritto internazionale”. Infine, si veda M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., pp. 67 ss., che così rileva: «il perseguimento della pace (e della giustizia fra le Nazioni) è senza dubbio un obiettivo costituzionalmente rilevante, la

La guerra in difesa dei diritti umani non è vietata dalla prima parte dell'art. 11: se rivolta a respingere un'aggressione altrui, è guerra per la difesa collettiva, purché siano rispettati i requisiti della necessità, proporzionalità e immediatezza⁷⁰. Secondo la dottrina⁷¹, la latitudine della guerra difensiva si estende non solo a quella volta alla difesa della Patria (art. 52 Cost.), ma anche a quella provocata da altri e scaturente l'esercizio della legittima difesa collettiva (art. 51 Carta Nazioni Unite)⁷²; anche se, nella materialità dei rapporti interstatali, gli interessi nazionali di Stati forti presenti nel sistema delle alleanze sono in grado di «aprire la strada all'*uminatarismo contaminato da interessi strategici* di una grande potenza»⁷³.

Per evitare che si instauri un'egemonia unilaterale (politica ed economica) che decida sull'esistenza di ragioni umanitarie a giustificazione di interventi armati, è necessario che sia un'autorità designata democraticamente (il Consiglio di Sicurezza) a venire investita del compito di deliberare (ai sensi dell'art. 53 della Carta delle Nazioni Unite⁷⁴) circa l'esistenza o meno della *giusta causa*.

A partire da queste brevi considerazioni, ci si deve chiedere (riepilogando il dibattito in corso senza pretesa di esaustività) come si allinei l'invio delle armi in Ucraina al dettato costituzionale dell'art. 11.

Come noto, in seguito all'operazione militare del 14 febbraio da parte della Federazione Russa contro la Repubblica Ucraina, con i dd.-ll. 14 e 16 del 2022 è stata autorizzata fino al 31 dicembre 2022, previo atto di indirizzo delle Camere, la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative ucraine ed è stato disposto uno specifico stato di

cui eventuale realizzazione, però, passa attraverso l'individuazione da parte delle forze di indirizzo politico di maggioranza degli strumenti ritenuti di volta in volta più idonei e appropriati» (*ivi*, p. 77).

⁶⁹ Così G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., pp. 143-144. La guerra per la sicurezza della comunità si fonda sul principio di precauzione, ossia l'idea che di fronte all'incertezza di un pericolo, i suoi meccanismi causali e i danni che si verificheranno, il compito dello Stato attraverso il diritto è di neutralizzare i danni potenziali. Le decisioni individuali o sociali influenzate dal principio precauzionale, secondo C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, trad. it., Bologna, 2010, pp. 67 ss., realizzano due errori di parallasse: il *system neglect*, cioè il trascurare la valutazione dell'impatto sistemico di un dato intervento, e il *probability neglect*, ossia l'enfatizzare le ipotesi peggiori, senza verificare le concrete probabilità che si realizzino

⁷⁰ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., p. 59.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 60 s.

⁷² Per una esaustiva (e problematica) configurazione del sistema istituzionalizzato della cooperazione tra Stati si veda P. GARGIULO, *Sicurezza collettiva (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 880 ss.

⁷³ G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, cit., p. 136.

⁷⁴ In tal senso M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (diretto da) *Commento alla Costituzione*, Torino, 2007.

emergenza fino al 31 dicembre 2022. In successivi decreti interministeriali (DD.M. 2 marzo; 22 aprile; 10 maggio e 26 luglio 2022), sono stati indicati gli elenchi (secretati) delle forniture.

La dottrina che si è già confrontata con il tema risulta divisa. Per una parte di essa, l'opzione pacifista della Costituzione non è convertibile in base alle ragioni della guerra, ma costituisce un controlimite di fronte a consuetudini e obblighi internazionali⁷⁵. Pertanto, la decisione di invio delle armi all'Ucraina risulta incoerente con il valore del «ripudio». Secondo altri studiosi orientati a dare una lettura, a cui si aderisce, in termini di sostenibilità costituzionale dell'operazione di sostegno militare tramite armi, occorre invece considerare che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la Dichiarazione del 1° marzo 2022, abbia riconosciuto che l'attacco della Russia debba qualificarsi come un atto di aggressione in violazione dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite, la quale considera illeciti la minaccia e l'uso della forza armata contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato. Così, in base alla lettura combinata degli artt. 10, co. 1, e 11 Cost., nonché 51 della Carta di San Francisco, il soccorso all'Ucraina «prestato tramite invio di armi ... appare conforme al diritto internazionale e quindi non contrario all'art. 11»⁷⁶, poiché si colloca «tra gli opposti del “costituzionalmente vietato” e del “costituzionalmente dovuto”», ossia nello spazio che la Costituzione lascia alla politica «del “costituzionalmente possibile”»⁷⁷. E cioè alla possibilità di stipulare accordi multilaterali o ricorrere all'uso della forza in caso di aggressione a uno Stato alleato.

⁷⁵ Si vedano gli scritti raccolti nel volume collettaneo a cura di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra? Atti del Seminario di Roma 1° aprile 2022*, Napoli, 2022, e la tesi di E. CATERINA, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 26 aprile 2022, che assume la legittimità della sola guerra difensiva dell'integrità territoriale della Repubblica italiana.

⁷⁶ G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, p. 89; dello stesso avviso anche M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, ivi, pp. 18 s. e S. PRISCO, *La guerra, la pace, il compito del giurista. Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*, cit., pp. 202 ss., che parla di un pacifismo che può armarsi, a patto di mantenere salde condizioni e finalità costituzionali, ossia di realizzare azioni proiettate ad interventi diplomatici, per non perdere di vista l'obiettivo della cessazione dei conflitti armati e della realizzazione di un equo ordine internazionale.

⁷⁷ Così M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, pp. 31 ss. e P. ROSSI, *La compatibilità con la costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022.

4.2. Armi sì, persone no

L'estraneità dell'Italia all'operazione strettamente bellica e l'adempimento di doveri di solidarietà in difesa della pace determina una differenza sottile ma importante dal punto di vista giuridico, che produce conseguenze anche sui divieti operanti per i combattenti stranieri.

La presenza di *foreign fighters* in Ucraina non è un elemento di novità, poiché è sin dalla crisi della Crimea e successivamente del Donbas, che la parte orientale del Paese è terreno di scontro tra soldati provenienti da altri Paesi, tra cui quelli dell'Unione europea e non in ultimo dall'Italia. Secondo studi recenti⁷⁸, la guerra del Donbas ha avuto la più grande partecipazione di combattenti stranieri (stimati in oltre 17,000 dal 2014) di tutte le altre guerre e conflitti dell'area di influenza post-sovietica.

La massiccia presenza di combattenti stranieri a est obbliga a dismettere da un punto di vista descrittivo le lenti della *war on terror* o del jihadismo, con cui per lungo tempo si è guardato al fenomeno dei *foreign fighters* e alla sua localizzazione geografica prevalentemente nel Medio Oriente.

D'altra parte, la provenienza geografica dei *foreign fighters* è idonea a rivelare la peculiarità di questo conflitto: precisamente, funge da termometro dell'attrattiva della campagna propagandistica delle parti belligeranti sul resto del mondo, nonché di come quest'ultimo sta osservando e si sta posizionando di fronte alla guerra⁷⁹; ciò, tuttavia, non è sufficiente a influenzare nuove coordinate giuridiche riguardante il loro *status*.

Dalla ricostruzione legislativa compiuta nei paragrafi precedenti, risulta confermata la punibilità di colui che espatria per combattere una guerra altrui al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo, per partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo, o, infine, per impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici. E un discorso in parte simile vale anche per l'applicazione delle disposizioni della direttiva 681/2016.

⁷⁸ E. GOSSELIN-MALO, *The International Legion. The Ukraine War and the Risk of a New Foreign Fighters Wave*, in *Ispi online*, 3 marzo 2022; A. MACKENZIE, C. KAUNERT, *Radicalisation, Foreign Fighters and the Ukraine Conflict: A Playground for the Far-Right?*, in *Social Sciences* 10, n. 4/2021.

⁷⁹ Sul punto N.K.-T. HARTOM, *The Composition and Challenges of Foreign Fighters in Ukraine*, in *Scandinavian Journal of Military Studies*, 5, n. 1/2022, pp.79-90. L'A. fa notare come la provenienza dei combattenti stranieri, dai Paesi aderenti alla NATO e dall'UE, accanto all'esercito dell'Ucraina rifletta la distribuzione geopolitica tra Paesi occidentali e non.

Sul versante interno, va considerato il referente costituzionale che si ritrova nell'art. 18 rispetto al divieto di associarsi per scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Quali sono allora le disposizioni nazionali rilevanti per chi combatte a fianco della Legione di difesa ucraina o delle milizie russe, cioè di forze armate nell'ambito di un conflitto armato?

Occorre considerare che l'arruolamento sta avvenendo all'interno di un esercito legittimo per lo Stato estero, qual è quello della Legione internazionale per la difesa dell'Ucraina, visto che in base al decreto presidenziale dell'Ucraina n. 248/2016 i volontari verranno gradualmente inseriti nell'esercito regolare. Emerge qui, dunque, la difficoltà di distinguere il crimine di terrorismo in tempo di pace e di guerra.

Per le regole del diritto internazionale umanitario quando all'interno delle legislazioni antiterroristiche sia inserita la clausola di esclusione⁸⁰ sarà questa a regolare il rapporto con le disposizioni di diritto penale dello Stato sul terrorismo. Pur essendo presente una clausola dal contenuto simile al considerato 37 della direttiva 2017/541/UE – lasciando quindi al diritto internazionale il perseguimento delle attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, eventualmente per aver commesso crimini di guerra – l'operatività della stessa non è tuttavia idonea a regolare lo *status* dei combattenti odierni, come emerge nella riflessione che segue.

Secondo le norme rinvenibili nell'art. 4 della III Convenzione di Ginevra del 1949 e nel I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni del 1949, di cui sia la Russia che l'Ucraina sono parti, i *foreign fighters* possono essere considerati combattenti legittimi in quanto membri delle forze armate di una Parte belligerante, o delle milizie e dei corpi di volontari che possano essere incorporati nelle forze armate⁸¹. Per le stesse ragioni, tali combattenti non potrebbero considerarsi mercenari⁸², in base alle regole della *Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari* del 1989, che escludono dallo *status* di combattente legittimo e puniscono penalmente chi non sia cittadino di una Parte in conflitto e sia appositamente reclutato per combattere in un conflitto armato; prenda quindi di fatto parte diretta alle ostilità; sia spinto dal desiderio di ottenere un profitto personale, con remunerazione materiale nettamente superiore a quella promessa o corrisposta ai combattenti aventi rango e funzioni similari

⁸⁰ In tema T. VAN POECKE, F. VERBRUGGEN, W. YPERMAN, *Terrorist offences and international humanitarian law: The armed conflict exclusion clause*, in *International Review of the Red Cross*, n. 103/2021, pp. 295 ss..

⁸¹ Così E. SOMMARIO, *Foreign fighters nel conflitto fra Russia e Ucraina: mercenari o combattenti legittimi*, in *Diritti comparati*, 31 marzo 2022.

⁸² *Ibidem*.

nelle forze armate di detta Parte. In altri termini, il combattente, anche se straniero, non dev'essere membro delle forze armate di una Parte in conflitto e non dev'essere neppure stato inviato da uno Stato non Parte nel conflitto in missione ufficiale quale membro delle forze armate di detto Stato.

Tuttavia, dall'analisi che segue, si evidenzia che è verosimile attendersi la piena applicabilità del diritto interno su quello umanitario.

Tornando per un momento al diritto UE, il carattere non vincolante del preambolo prima richiamato ha consentito alla Corte di giustizia nel caso *A et al.*⁸³ (in cui si è fatto riferimento al considerando 11 della decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo) di affermare che è possibile che gli atti compiuti da forze armate durante un conflitto armato possano configurare «atti terroristici» ai sensi del diritto dell'Unione e, quindi, esser puniti in base alle regole di quest'ordinamento.

Un indirizzo simile è stato espresso anche dalla giurisprudenza italiana, che ha affermato la “sua” nozione di «atti terroristici» in tempo di guerra, in assenza di una analoga e unanime della Comunità internazionale, e che vale ad attirare verso di sé l'applicazione del diritto nazionale. La Corte di Cassazione (1072/2006) riconosce che gli «atti di terrorismo in tempo di guerra» sono quelli commessi da chi sia guidato e determinato dal movente politico, religioso, ideologico, e contro civili o persone che non prendono parte attiva alle ostilità, al fine alternativo di diffondere il terrore fra la popolazione, ovvero costringere un governo o altra organizzazione internazionale a fare od omettere di fare qualcosa. In sostanza, i giudici richiamano interamente la definizione contenuta all'art. 270 *sexies* c.p, con esclusione della finalità eversiva prevista dalla medesima disposizione.

Un'altra ipotesi di possibile incriminazione altrettanto verosimile è quella relativa alla violazione degli artt. 244 e 288⁸⁴ c.p., dinanzi al rischio concreto di usurpare i due speciali poteri che spettano esclusivamente allo Stato di coscrizione militare e di inviare all'estero soccorsi militari. L'atto materiale dell'arruolamento è idoneo a distinguere queste fattispecie di reato da quella del reclutamento dei mercenari (art. 4 l. 210/95) e ancora da quello punito all'art. 270-*quater* c.p. La prima distinzione si fonda su due elementi: il momento della consumazione del reato e la struttura in cui si è inseriti. Infatti, l'art. 244 c.p. intende l'arruolamento come la stipulazione di un contratto

⁸³ CGUE (Grande Sezione), sentenza 14 marzo 2017, causa C-158/14.

⁸⁴ Cfr. il comunicato della Farnesina del 24 marzo 2022; sul punto si veda anche l'intervista a Giovanni Maria Flick, Flick: “Un reato arruolarsi da volontari in Ucraina. Legittime le armi a Kiev”, su *La Repubblica.it*, 4 marzo 2022.

e l'inquadramento in una struttura militare, mentre, per commettere il reato di arruolamento di mercenari, è sufficiente compiere l'attività di reperimento del personale e tutto quanto finalizzato a definire un accordo (Cass. pen., 36776/2003). Ferma restando l'identità lessicale, i due delitti si differenziano a loro volta da quello dell'art. 270 *quater*. Qui l'arruolamento non presuppone la prova del patto con l'arruolante, ma solo l'accertamento della disponibilità concreta ed incondizionata del neo-terrorista a compiere atti eversivi anche a progettazione individuale (Cass. pen. 23168/2019). In più, la condotta deve connotarsi per la finalità di terrorismo, in base alla descrizione, prima richiamata, dell'art. 270 *sexies* c.p.

Intanto dalla cronaca⁸⁵ si apprende la notizia dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato per violazione dell'art. 3 della l. 210/1995 di un giovane militante di Casa Pound unitosi alla Brigata Internazionale ucraina. I tempi sono ancora prematuri per fare previsioni sull'apertura del processo per questo titolo di reato, rispetto al quale valgono le incertezze appena indicate.

Quel che appare allo stato evidente è che la definizione multilivello della categoria dei combattenti legittimi, volontari, stranieri e/o mercenari è piena di insidie e difficoltà applicative, con differenze non trascurabili tra ordinamenti.

Il fatto che sul piano nazionale ed eurounitario l'intero fenomeno sia stato prevalentemente ascritto alla nozione "sovrabbondante" di «terrorismo» espone i combattenti a più ampie ipotesi di punibilità.

Può, infine, notarsi fin d'ora che, sul piano della prassi, la categorizzazione dei combattenti stranieri tra volontari, mercenari e *foreign fighters*, così come pensata dal diritto internazionale umanitario, sovranazionale e nazionale, si sta scontrando con l'assetto reale dei rapporti tra i due Paesi belligeranti. Diversi cittadini britannici entrati nella Legione internazionale ucraina sono stati catturati dalle milizie russe e condannati a morte dalla Repubblica Popolare di Donetsk (DPR) con l'accusa di aver violato gli artt. 323 (sull'uso della forza), 430 (sulla partecipazione al conflitto come mercenari) e 232 (sulla realizzazione di attività terroristiche) del codice penale della DPR. Ciononostante, la Corte di Strasburgo è intervenuta ad applicare le *interim measures*, chiedendo alla Federazione Russa di non eseguire la misura, di assicurare condizioni di detenzione adeguate e di

⁸⁵ *Militante di Casa Pound in guerra in Ucraina, Kevin Chiappalone è il primo foreign fighter italiano indagato*, su *Il Riformista*, 10 agosto 2022.

fornire tutte le informazioni necessarie, e all'Ucraina di garantire il rispetto dei diritti della Convenzione⁸⁶.

Le osservazioni qui presentate, in definitiva, sottolineano e confermano l'urgenza di rimodulare la contrapposizione tra sicurezza e libertà secondo la prospettiva indicata al par. 4, anche alla luce delle peculiari caratteristiche di *questi* combattenti stranieri, spinti da fondamentalismi politici e che potrebbero portare a un terrorismo che non è fondato solo sul fanatismo religioso. Peraltro, la reazione della DPR rende chiaro che la partecipazione al conflitto in siffatto stato dei rapporti espone a ulteriori pericoli: da un lato, i combattenti stranieri a subire trattamenti inumani e degradanti; dall'altro lato gli stessi Paesi di provenienza dei combattenti a subire pressioni nel corso delle trattative per la liberazione dei prigionieri e conseguenze rispetto alla posizione assunta nel corso del conflitto.

I tempi, insomma, sono maturi per tracciare i limiti dell'approccio esistente e proporre di nuovi. Non affrontare le cause dei fenomeni di radicalizzazione espone i combattenti italiani che si recano in conflitti altrui a rischi reali, di cui l'ordinamento può farsi carico in un'ottica autenticamente preventiva.

⁸⁶ ECHR, interim measures, *Pinner v. Russia and Ukraine and Aslin v. Russia and Ukraine* (application nos. 31217/22 and 31233/22); ECHR, interim measures, *Saadoune v. Russia and Ukraine* (application no. 28944/22).