

# La lotta al terrorismo e i diritti umani nei tribunali

Indicazioni per giudici, pubblici ministeri e avvocati sull'applicazione della Direttiva UE 2017/541 sulla lotta al terrorismo

® **La lotta al terrorismo e i diritti umani nei tribunali** - Indicazioni per giudici, pubblici ministeri e avvocati sull'applicazione della Direttiva UE 2017/541 sulla lotta al terrorismo

© Copyright International Commission of Jurists, Novembre 2020

International Commission of Jurists  
P.O. Box 91  
Geneva  
Switzerland  
t: +41 22 979 38 00  
[www.icj.org](http://www.icj.org)

Questa pubblicazione è finanziata dal Programma Giustizia dell'Unione Europea (2014-2020). Il contenuto di questa pubblicazione rappresenta esclusivamente le opinioni dell'autore ed è sua unica responsabilità. La Commissione Europea non si assume alcuna responsabilità per l'uso che possa essere fatto delle informazioni che contiene.



# **La lotta al terrorismo e i diritti umani nei tribunali:**

Indicazioni per giudici, pubblici ministeri e avvocati sull'applicazione della Direttiva UE 2017/541 sulla lotta al terrorismo

International Commission of Jurists (ICJ)  
Human Rights in Practice (HRiP)  
Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM)  
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Le indicazioni sono scritte da  
Helen Duffy (HRiP), Róisín Pillay e Karolína Babická (ICJ)

Novembre 2020

## Contenuti

<b>I. Premessa .....</b>	<b>5</b>
<b>II. Norme di diritto internazionale applicabili in materia di diritto e prassi .....</b>	<b>7</b>
1. Rispetto e tutela dei diritti umani di tutti i soggetti coinvolti in un processo penale .....	7
2. Indagare e perseguire in modo appropriato gravi violazioni e reati ai sensi del diritto internazionale.....	8
a) Gli Stati membri devono condurre indagini tempestive, approfondite e indipendenti su gravi atti di violenza, da parte di attori non statali e statali, e devono chiamare a rispondere gli autori .....	8
b) I reati devono essere adeguatamente descritti nel capo d'imputazione al fine di garantire la capacità di dar conto dell'attribuzione di gravi reati internazionali .....	8
c) L'esercizio dell'azione penale per accuse di terrorismo deve aver luogo con moderazione e in caso di condotta e colpevolezza .....	9
3. Magistrature nazionali, processo e controllo giudiziario delle misure antiterrorismo.....	9
4. Diritti delle vittime .....	10
5. Diritto anti-terrorismo negli stati di emergenza e conflitti armati.....	11
6. Principi dei diritti umani implicati dai reati oggetto della Direttiva.....	13
6.1 Principio di legalità.....	13
6.2. Restrizione alla libertà di movimento, espressione, associazione, assemblea, privacy, vita privata e familiare, diritto alla partecipazione politica: obiettivo legittimo, necessità e proporzionalità .....	16
6.3 Non-discriminazione.....	16
<b>III. Reati oggetto della Direttiva .....</b>	<b>19</b>
1. Reati di terrorismo .....	19
Indicazioni .....	19
Commento .....	20
2. Direzione e partecipazione a un gruppo terroristico.....	21
Indicazioni .....	21
Commento .....	22
3. Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo .....	24
Indicazioni .....	24
Commento .....	24
4. Reclutamento a fini terroristici .....	27
Indicazioni .....	27
Commento .....	27
5. Fornitura e ricezione di addestramento a fini terroristici.....	28
Indicazioni .....	28
Commento .....	29
6. Viaggi a fini terroristici.....	30
Indicazioni .....	30
Commento .....	31
7. Organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici .....	33
Indicazioni .....	33
Commento .....	33
8. Finanziamento del terrorismo.....	33
Indicazioni .....	33
Commento .....	34
9. Concorso, istigazione e tentativo .....	35
Indicazioni .....	35
<b>IV. I diritti degli indagati nel processo penale: indagini, procedimenti giudiziari e processo .....</b>	<b>36</b>
1. Indagini e raccolta di prove .....	36
2. Detenzione in casi di antiterrorismo .....	39
3. Equo processo dinanzi a un tribunale indipendente e imparziale.....	41
4. Applicazione di sanzioni .....	43
5. Bambini nella procedura penale.....	44
6. Cooperazione giudiziale.....	46

## I. Premessa

Il 15 marzo 2017 l'Unione Europea (UE) ha adottato la Direttiva UE 2017/541 [Direttiva UE 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo](#) («la **Direttiva**») con il termine di settembre 2018 per la trasposizione nel diritto interno. La Direttiva mira principalmente a estendere da parte degli Stati membri la portata dell'applicazione del diritto penale alle minacce e alle attività legate al terrorismo all'interno dell'UE. In tal modo copre una vasta gamma di reati terroristici, alcuni precedentemente riconosciuti nei quadri giuridici internazionali e (nella maggior parte di quelli) nazionali, e altri più innovativi. Questi includono, ad esempio, i reati relativi ad atti terroristici (articolo 3), il finanziamento (articolo 11) e la fornitura di addestramento a fini terroristici (articolo 7) nonché i reati «connessi» di «provocazione pubblica» del terrorismo (considerando 10/articolo 5), la «ricezione» di addestramento (articolo 8), i «viaggi» a fini terroristici (articolo 9); il concorso, l'istigazione, il tentativo o l'agevolazione di tali reati (articoli 10, 14).

Le parole «terrorista» e «terrorismo» qui sono usate solo per riferirsi e replicarne l'uso nella Direttiva e in altre leggi di cui si fa riferimento. Non sono necessariamente utilizzate in senso giuridico, poiché non esiste un significato universalmente accettato del terrorismo. Una definizione appropriata di terrorismo è stata proposta dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani Martin Scheinin nella sua relazione del 2010, [UN Doc A/HRC/16/51](#):

«Terrorismo significa un'azione o un tentativo di azione in cui:

- (1) L'azione: (a) Costituisce la presa intenzionale di ostaggi; o (b) E' destinata a causare la morte o lesione personale grave di uno o più membri della popolazione generale o segmenti di essa; o (c) Implica violenza fisica letale o grave nei confronti di uno o più membri della popolazione generale o di segmenti di essa; e
- (2) L'azione è fatta o tentata con l'intenzione di: (a) provocare uno stato di terrore nella popolazione o in un segmento di essa; o (b) costringere un governo o un'organizzazione internazionale a fare o astenersi dal fare qualcosa; e
- (3) L'azione corrisponde a: (a) La definizione di reato grave nel diritto nazionale, emanata allo scopo di rispettare le convenzioni e i protocolli internazionali relativi al terrorismo o le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza relative al terrorismo; o (b) Tutti gli elementi di un reato grave definiti dal diritto nazionale.»

La Direttiva è stata criticata per il processo affrettato della sua adozione, la sua portata e le implicazioni in materia di diritti umani. Indubbiamente pone delle sfide per i sistemi nazionali - in primo luogo per le legislature nazionali, e a loro volta per i pubblici ministeri e i giudici inquirenti e la magistratura - nel garantire un'attuazione coerente con i diritti umani e la legalità.

L'obbligo di garantire l'attuazione coerente con gli altri obblighi degli Stati in materia di diritti umani e diritto umanitario internazionale è sancito esplicitamente dalla Direttiva:

*«Occorre attuare la presente direttiva conformemente a detti diritti e principi, tenendo conto anche della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e degli altri obblighi di diritto internazionale (Considerando 35).»*

La Direttiva ha seguito la [UN Security Council Resolution 2178](#) (2014) (SCRes2178) e l' [Additional Protocol to the Council of Europe's Convention on the Prevention of Terrorism](#) (2015) volto ad attuare SCRes2178 nel quadro giuridico del Consiglio d'Europa. Riflette anche elementi di risoluzioni precedenti come SCRes 1624, 1456 o 2462 (2019). Ognuna di queste risoluzioni e strumenti rende inoltre esplicita la necessità di un'attuazione coerente con il diritto internazionale dei diritti umani. Queste risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite prevedono che le misure antiterrorismo debbano «rispettare tutti i loro obblighi ai sensi del diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale dei rifugiati e il diritto umanitario internazionale».

Queste Indicazioni si concentrano sull'adeguata interpretazione giudiziaria e sull'attuazione della Direttiva nella prassi durante tutto il processo di indagine e di azione penale, coerentemente con il diritto e le norme internazionali e dell'UE in materia di diritti umani. La Direttiva solleva molte questioni relative ai diritti umani, che pongono sfide complesse per giudici, pubblici ministeri e avvocati. L'ampiezza e l'indeterminatezza di molti dei reati sanciti dalla Direttiva notevoli preoccupazioni in merito alla compatibilità con il principio di legalità - sancito dall'articolo 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFEU), dall'articolo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e dall'articolo

15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (PIDCP) e in tutti i sistemi nazionali, come discusso nella sezione III.

La natura dei particolari reati oggetto della Direttiva (vedi sezione III infra) aumenta anche le tensioni con una serie di altri diritti, tra cui la libertà di espressione, associazione, manifestazione del dissenso, movimento e uguaglianza, come è illustrato di seguito. Inoltre, i reati associati o preliminari o le forme di responsabilità, come l'agevolazione e il concorso, come recepiti nel diritto interno, rischiano di minare ulteriormente l'esercizio dei diritti umani e sollevano serie preoccupazioni in materia di limiti e implicazioni. Secondo la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (articolo 52.1), nonché la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (PIDCP), che sono vincolanti per tutti gli Stati membri dell'UE, alcuni di questi diritti non sono assoluti e possono effettivamente essere soggetti a limitazioni o deroghe ai fini della sicurezza nazionale. Tuttavia, qualsiasi restrizione agli essi deve essere prescritta da norme che siano chiare e accessibili, nel perseguimento di uno scopo legittimo come la sicurezza nazionale, e interpretata e applicata per garantire che l'interferenza non sia più che necessaria e proporzionata al raggiungimento di tale scopo (sezione II.5). Lo Stato ha l'onere di dimostrare che tali condizioni sono soddisfatte e che le onerose implicazioni del ricorso al diritto penale, e le sanzioni specificamente imposte, sono giustificate nel caso particolare.

Molteplici altri obblighi in materia di diritti umani sorgono nell'ambito dell'indagine e del perseguimento dei reati oggetto della Direttiva che include, tra gli altri, i diritti alla privacy, alla libertà e al processo equo, affrontati nella sezione II.6. Come già chiarisce la prassi, l'indagine e il perseguimento dei reati oggetto della Direttiva hanno molteplici implicazioni intersecantisi con i diritti di particolari gruppi, compresi i bambini ai quali sono dovuti particolari doveri di diligenza. Una cauta attenzione è dovuta per garantire che il processo penale non sia discriminatorio nella previsione legislativa come nella prassi, compresi, ad esempio, i metodi di indagine e la raccolta e l'uso di prove richieste. Come riconosce la Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF) è necessario prestare attenzione alla gamma di questioni relative al giusto processo che sorgono «nel contesto dell'ambito specifico, se si tratti di detenzione, processo o espulsione di una persona, per garantire equità, ragionevolezza, assenza di arbitrarietà e la necessità e proporzionalità di qualsiasi limitazione imposta ai diritti dell'individuo in questione» (CTITF Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism, [Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism](#) 2014, p. 4).

La prima linea di difesa contro una portata eccessiva del diritto penale sono le legislature nazionali, che devono definire i reati in modo preciso e coerente con il diritto internazionale. Tuttavia, in ultima analisi, è responsabilità della magistratura interpretare e applicare la legge in modo coerente con i diritti umani e i principi di legalità e fornire la supervisione insita in un approccio alla giustizia penale basato sulla legalità. Se in alcuni casi la legislazione è totalmente inadeguata ad essere interpretata in questo modo, può essere il ruolo dei tribunali dichiarare alcune leggi incostituzionali o incompatibili con gli obblighi giuridici internazionali.

Queste Indicazioni si concentrano sul ruolo della magistratura nell'interpretazione e nell'attuazione della Direttiva in modo coerente con il diritto dell'UE e internazionale in materia di diritti umani. Il ruolo essenziale di una magistratura e di una professione giuridica indipendenti nella tutela efficace dei diritti umani e nel mantenimento della legalità senza discriminazioni è stato affermato, ad esempio, negli *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, negli *UN Basic Principles on the Role of Lawyers* e negli *UN Guidelines on the Role of Prosecutors*. Come ha dimostrato l'esperienza degli ultimi decenni, la magistratura ha un ruolo cruciale come garante dei diritti umani e della legalità nel contesto della lotta al terrorismo, anche attraverso la considerazione giudiziaria della costituzionalità e della legalità della regolamentazione, e la valutazione della legittimità e dell'equità nel caso particolare. In diversi sistemi giuridici, in vari modi, è attraverso giudici indipendenti e imparziali che interpretano il diritto nazionale in modo coerente con impegni internazionali in materia di diritto dei diritti umani che i diritti umani sono in vigore nella prassi e che sono tutelate le garanzie procedurali essenziali ([The Berlin Declaration](#), International Commission of Jurists (ICJ), 2004).

A loro volta, i pubblici ministeri, nel modo in cui interpretano il diritto penale, inquadrano le accuse, attuano politiche investigative e giudiziarie e – in diversa misura in alcuni Stati membri – esercitano la loro discrezionalità nel decidere se e quando esercitare l'azione penale, avranno un ruolo cruciale nel determinare se la Direttiva è attuata in modo coerente con i diritti umani o mina tali diritti e il processo penale. «I pubblici ministeri, conformemente alla legge, svolgono i loro compiti in modo equo, coerente e rapido, rispettano e proteggono la dignità umana e sostengono i diritti umani, contribuendo così a garantire il giusto processo e il buon funzionamento del sistema giudiziario penale» ([Guidelines on the Role of Prosecutors](#), OHCHR, 1990, par. 12).

Altri professionisti del diritto penale sono anche chiaramente indispensabili per rappresentare, dare consigli e garantire che i diritti degli imputati, e i diritti delle vittime del terrorismo siano rispettati in tutte le fasi del procedura penale.

Queste Indicazioni sono state redatte nell'ambito del [JUSTICE project](#) dalla International Commission of Jurists e da diversi partner nazionali e internazionali (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa in Italia and Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) nei Paesi Bassi così come da Human Rights in Practice (HRIP), e ulteriormente supportate da partner associati: Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), Juezas y Jueces para la Democracia in Spain, Neue Richtervereinigung in Germany). Si basano su quattro tavole rotonde di esperti tenutesi nel 2019 (a Pisa, [L'Aia](#), [Madrid](#) and [Bruxelles](#)) con giudici, avvocati, pubblici ministeri e altre parti interessate di vari Stati membri dell'UE, nonché su studi e consultazioni nazionali con giudici, avvocati e pubblici ministeri in Belgio, Paesi Bassi, Germania, Spagna, Italia e Francia.

Il contenuto di queste Indicazioni è stato ricavato in gran parte dall'esperienza che giudici e avvocati hanno condiviso durante questa serie di consultazioni concernenti sia la sfida significativa di adottare, nell'ambito della lotta al terrorismo, un approccio al diritto penale basato sulla legalità sia la loro determinazione a rispettare i relativi standards. Le Indicazioni non mirano ad essere esaustive, ma piuttosto a fornire un documento pratico che metta in evidenza – attraverso raccomandazioni e spiegazioni a sostegno – quelle più critiche fra le numerose questioni relative ai diritti umani derivanti frequentemente dal diritto, dalle procedure e dalla pratica della lotta al terrorismo nel contesto dell'attuazione e del contrasto ai reati oggetto della Direttiva.

## II. Norme di diritto internazionale applicabili in materia di diritto e prassi

### 1. Rispetto e tutela dei diritti umani di tutti i soggetti coinvolti in un processo penale

#### Indicazioni:

**Nell'attuazione della Direttiva, i diritti umani degli indagati, degli imputati e delle vittime devono essere rispettati e garantiti in tutte le fasi della procedura penale, anche durante le indagini, l'azione penale, il processo e la punizione di tutti i reati. I pubblici ministeri e i giudici devono tenere conto dell'intera gamma dei diritti umani implicati, direttamente e indirettamente, dal perseguimento dei reati oggetto della Direttiva.**

*Commento:* Conformemente all'articolo 23 e ai considerando nn. 22 e 35 della Direttiva, e agli obblighi internazionali più ampi, è imperativo che i pubblici ministeri e i giudici nei rispettivi ruoli garantiscano che la Direttiva e la legislazione di attuazione siano applicate in conformità con tutti i diritti umani internazionali in ogni fase del processo penale. La legittimità e l'efficacia delle regole di procedura penale dipendono dal rispetto delle vittime - i cui diritti possono essere stati profondamente colpiti da gravi atti di terrorismo, e che saranno anche coinvolti nel processo penale (vedi sezione II.4) - nonché dai diritti degli indagati, degli imputati e di altri che sono implicati nella processo penale.

I diritti in gioco comprendono, più chiaramente, il principio fondamentale della legalità, nonché la libertà di espressione, di associazione, alla assemblea, di privacy, di libertà di circolazione e l'uguaglianza, che sono tutti direttamente colpiti dall'ampiezza e dalla natura dei reati oggetto della Direttiva (*vedi ulteriormente sezione III infra*). Essi comprendono anche un ulteriore gruppo di, compresi quelli derivanti dal diritto a un processo equo e il diritto alla libertà, che possono essere compromessi durante le indagini e il processo per reati di terrorismo (*vedi sezione IV.*). Tuttavia, un approccio basato sui diritti umani coinvolge anche la presa in considerazione dell'impatto indiretto della procedura penale su tutta una serie di diritti di altri, compresi i diritti civili, economici, politici e sociali dei bambini, dei familiari e delle comunità vittime del terrorismo o che sono a rischio di stigmatizzazione mediante criminalizzazione. Come osservato, la procedura penale può avere effetti a catena sull'adozione di altre misure amministrative, anche sulla revoca di cittadinanza, con conseguenze disastrose per i diritti umani.

L'impatto più ampio della criminalizzazione richiede la consapevolezza del potenziale «effetto dissuasivo» su, per esempio, la libertà di espressione, l'impegno e il dibattito democratico, e l'istruzione, nel corso dell'indagine e del perseguimento di alcuni reati oggetto della Direttiva. A sua volta, dovrebbe essere considerato anche l'impatto negativo dell'abuso dei diritti e dell'ingiustizia nell'ambito del diritto penale.

È ormai ben noto che le violazioni dei diritti umani, anche nel settore penale, minano un'efficace lotta al terrorismo e sono controproducenti. Mentre una procedura penale che soddisfa elevati standard di giustizia può contribuire a ridurre la commissione di i crimini gravi, un numero crescente di prove mostra come i torti dello Stato, anche nel corso dei processi di giustizia penale, siano stati usati come «strumenti di propaganda», fomentando «condizioni favorevoli» al reclutamento o al sostegno di organizzazioni terroristiche (United Nations Development Programme (UNDP), 'Journey to Extremism in Africa: Drivers, Incentives, and the Tipping Point for Recruitment', 2017 [Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework](#), OSCE (ODIHR), 2018. La legalità e l'efficacia del sistema giudiziario penale sono quindi interconnesse.

## 2. Indagare e perseguire in modo appropriato gravi violazioni e reati ai sensi del diritto internazionale

- a) Gli Stati membri devono condurre indagini tempestive, approfondite e indipendenti su gravi atti di violenza, da parte di attori non statali e statali, e devono chiamare a rispondere gli autori.

Gli atti di terrorismo spesso compromettono il godimento dei diritti delle vittime e potrebbero perfino costituire crimini ai sensi del diritto internazionale. Gli Stati hanno obblighi giuridici internazionali per indagare efficacemente gravi reati internazionali e chiamare a rispondere dal punto di vista giuridico coloro che li commettono in base all'esito di un processo penale equo. Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), svolgere indagini tempestive, esaustive e indipendenti sulle violazioni e le gravi violazioni dei diritti umani da parte di attori non statali e statali, e giudicare i responsabili secondo un processo penale equo, è un requisito giuridico, non solo un'opzione politica (*Tagayeva v. Russia*, ECtHR, Application No. 26562/07, Judgment of 10 April *Tagayeva v Russia* 2012). Gli Stati hanno obblighi ai sensi del diritto internazionale di indagare e perseguire in corrispondenza del diritto delle vittime al risarcimento, alla verità e al dovere di rendere conto delle decisioni prese.

Giudici e pubblici ministeri hanno un ruolo importante da svolgere nel garantire processi efficaci ed equi che attuino tali obblighi. Anche se il terrorismo non è di per sé un crimine consolidato ai sensi del diritto internazionale, gli atti terroristici possono costituire altri gravi crimini ai sensi del diritto internazionale, come il genocidio, i crimini contro l'umanità o i crimini di guerra. L'indagine su e la capacità di rendere conto per tali crimini sono una priorità internazionale, che riflette i doveri degli Stati in materia di verità e responsabilità (vedi ONU, [Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity](#), UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005; [Guidelines on eradicating impunity for serious human rights violations](#), Committee of Ministers of the Council of Europe, 2011; Rome Statute of the ICC, preamble on the duties of States, 1998; [International Law and the Fight Against Impunity – A Practitioners Guide](#), ICJ, 2015).

- b) I reati devono essere adeguatamente imputati al fine di garantire la capacità di dar conto dell'attribuzione di gravi reati internazionali.

Occorre prestare particolare attenzione ad un'appropriata costruzione del capo d'imputazione, per riflettere la natura e la gravità dei crimini in questione. La priorità dovrebbe essere data al perseguimento dei reati più gravi. Nella misura in cui la condotta costituisce un crimine previsto dal diritto internazionale, come nel caso dei crimini di guerra o dei crimini contro l'umanità, ove possibile, essi dovrebbero essere perseguiti in quanto tali. La prassi in numerosi Stati negli ultimi anni riflette la tendenza a procedere con accuse di «terrorismo» piuttosto che con quelle di crimini di guerra. Questa tendenza può in parte essere dovuta al fatto che alcuni reati di terrorismo interno possono essere più facili da dimostrare in contesti in cui l'accesso alle prove e alla scena dei crimini è difficile (come i crimini presumibilmente commessi all'estero e/o nelle zone di conflitto). Se, da un lato, queste sfide non possono essere sottovalutate, dall'altro dovrebbero esserci investimenti per superarle attraverso indagini efficaci e cooperazione internazionale (vedi sezione IV. *infra* sulla raccolta di prove). Laddove gli atti commessi nell'ambito di un conflitto armato comportino attacchi contro i civili o il terrore alla popolazione civile, ciò costituirà un crimine di guerra - e non un reato di terrorismo - e deve essere in questi termini perseguito. Inoltre, la partecipazione a un conflitto armato non deve essere imputata come «terrorismo» ove la condotta rispetti le regole del diritto umanitario internazionale (nel 2019, la Corte d'Appello di Bruxelles ha deciso che quando i combattenti sono stati considerati una delle parti di un conflitto armato non internazionale con un altro Stato, le disposizioni sul terrorismo della legge belga non si applicavano e non era necessario analizzare se il gruppo in questione fosse un gruppo terroristico, Corte d'Appello, 8 marzo 2019, n. 2019/939, par. 36). Quando

gli atti di terrorismo vengono commessi al di fuori di una situazione generale di conflitto armato, come definito dal diritto internazionale, non sarà opportuno imputarli come crimini di guerra.

Denunciare e punire la commissione di gravi crimini internazionali serve a molteplici scopi, tra cui il risarcimento delle vittime – il che richiede il riconoscimento, la verità, la responsabilità e gli interventi per imparare dal passato e garantire la non ripetizione degli stessi (ONU, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation*; *The right to a remedy and reparation for gross human rights violations – A Practitioners Guide*, ICJ, 2018). Le azioni penali relative al terrorismo ai sensi della Direttiva non devono essere un'alternativa facile a quello che è il ruolo primario dei tribunali nazionali nell'applicazione del diritto penale internazionale con riguardo ai reati più gravi. Una serie di recenti esempi di procedimenti giudiziari nazionali per crimini di guerra o per crimini contro l'umanità dimostrano la possibilità, nella prassi, di chiamare a rispondere i membri di gruppi terroristici per gravi crimini ai sensi del diritto penale internazionale consolidato (*Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences*, Eurojust and Genocide Network, 2020; See cases in Germany: Oberlandesgericht Düsseldorf, 5 StS 2/19, Judgment of 17 December 2019; Oberlandesgericht Frankfurt 5, 3 StE 4/16, Judgment of 8 November 2016).

### c) Le azioni penali per accuse di terrorismo devono essere utilizzate con moderazione per una condotta e un intento sufficientemente gravi

Le azioni penali per «terrorismo» devono essere esercitate solo per condotta criminale sufficientemente grave, e mai per contributi de *minimis* o per comportamenti di natura non «veramente terroristica». Il diritto penale è di per sé uno strumento pesante da utilizzare con moderazione in conformità con i principi del diritto penale (vedi sotto *ultima ratio*). Deve sempre rispettare il principio di proporzionalità in base al diritto penale e ai diritti umani.

Nella prassi, la scelta di imputare una persona del reato di «terrorismo» può comportare una serie di conseguenze in tutti gli Stati europei e oltre: procedure speciali, inferiori standard di protezione, ricorso automatico o frequente alla detenzione amministrativa, talvolta in strutture di detenzione alternative e soggette a condizioni inferiori agli standard, e, in ultima analisi, maggiori sanzioni. La disponibilità di standard di protezione più bassi può creare incentivi o addirittura pressioni a ricorrere al diritto del terrorismo anziché il diritto penale. In termini pratici e politici, un'indagine sul terrorismo, un'accusa o un'azione penale può avere conseguenze molto gravi al di là della procedura penale stessa, tra cui la stigmatizzazione dell'imputato e di altri, misure amministrative che possono applicarsi anche a seguito di assoluzione o pene attenuate e persino la revoca di cittadinanza.

Il diritto penale perde la sua autorità e legittimità se non è diretto e applicato in modo equo e moderato, vincolato da principi fondamentali e dal rispetto dei diritti umani. Inoltre, affinché il reato di «terrorismo» mantenga un significato distinto, è essenziale che la rete non sia così ampia da coprire quei reati che sono adeguatamente affrontati come reati di diritto penale ordinario. Anche se questo dovrebbe essere salvaguardato dalla legge, è altresì essenziale che i pubblici ministeri e i giudici garantiscano che, nel caso particolare, il ricorso al processo penale sia giustificato, che le accuse di «terrorismo» siano fondate e che le conseguenze per i diritti umani siano proporzionate alla condotta e all'intento colpevole dell'individuo (vedi II.6 *infra*).

Le considerazioni sull'efficienza nell'uso di investigatori specializzati, pubblici ministeri o giudici favoriscono anche il limitarsi delle azioni penali legate al terrorismo a gravi comportamenti criminali

## 3. Magistrature nazionali, processo e controllo giudiziario delle misure antiterrorismo

### Indicazioni:

**I giudici nazionali hanno un ruolo e una responsabilità fondamentali come garanti della legalità e dei diritti umani nella lotta al terrorismo. L'applicazione dell'autorità giudiziaria per garantire il rispetto del diritto internazionale e dei diritti umani da parte dello Stato è fondamentale. I giudici svolgono questo compito interpretando e applicando il diritto nazionale in conformità con gli obblighi dell'UE e gli obblighi internazionali in materia di diritti umani e disapplicando le leggi che sono intrinsecamente incompatibili con tali obblighi. I giudici possono anche applicare il diritto nazionale laddove superi le protezioni dei diritti umani del diritto internazionale.**

*Commento:* In quanto organo dello Stato, da parte del giudice un atto (o omissione) che è incompatibile con il diritto internazionale metterà lo Stato in una posizione di violazione dei suoi obblighi giuridici internazionali (Art 4 ARTICOLI ILC). Per quanto riguarda i trattati sui diritti umani, «tutti i rami del governo (esecutivo, legislativo e giudiziario) e altre autorità pubbliche o governative, a qualsiasi livello - nazionale, regionale o locale - sono in grado di assumersi la responsabilità dello Stato (...)» (UN HRC, [General Comment 31](#), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004 par. 4).

Ne consegue che i giudici devono essere consapevoli dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale e del diritto e delle norme dell'UE applicabili allo Stato e garantire che le loro decisioni siano coerenti con tali obblighi ([Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration](#), ICJ, 2011).

Quando i giudici si trovano di fronte a un apparente conflitto tra il diritto nazionale e internazionale e quello dell'UE, dovrebbero utilizzare qualsiasi mezzo e tecniche giudiziarie o il potere discrezionale di cui sono titolari per evitare le potenziali violazioni, comprese le tecniche interpretative, le dottrine costituzionali, i rimedi o i riferimenti bibliografici. Mentre i processi per contestare e annullare una norma variano tra i sistemi europei, se il giudice ritiene che una violazione di principi fondamentali sarebbe una conseguenza inevitabile dell'applicazione del diritto nazionale, la legge non dovrebbe essere applicata. Il giudice dovrebbe quindi chiarire questo punto all'individuo, al suo avvocato e al governo, fornendo ragioni.

## 4. Diritti delle vittime

### La Direttiva EU 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo

Considerando 30

(30) Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché tutte le vittime del terrorismo abbiano accesso a informazioni sui diritti delle vittime, sui servizi di sostegno disponibili e sui regimi di indennizzo nello Stato membro in cui il reato di terrorismo è stato commesso. Gli Stati membri interessati dovrebbero adottare azioni adeguate per agevolare la cooperazione reciproca al fine di garantire che le vittime del terrorismo residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui è stato commesso il reato di terrorismo abbiano accesso effettivo a tali informazioni. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le vittime del terrorismo abbiano accesso a servizi di sostegno a lungo termine nello Stato membro di residenza, anche se il reato di terrorismo ha avuto luogo in un altro Stato membro

Gli articoli 24-26 della direttiva riguardano l'assistenza e il sostegno alle vittime del terrorismo, la protezione delle vittime del terrorismo e i diritti delle vittime del terrorismo residenti in un altro Stato membro.

#### Indicazioni:

**Giudici e avvocati devono garantire che le vittime del terrorismo abbiano accesso alla giustizia, a un trattamento equo e a rimedi adeguati.**

**I giudici e gli avvocati devono garantire che siano disponibili rimedi adeguati a tutte le potenziali vittime del terrorismo informazioni e procedure efficaci e sensibili allo status dei bambini e al genere.**

#### Commento:

Il concetto di vittima del terrorismo è definito all'articolo 2 della direttiva 2012/29/EU, e trattasi segnatamente di una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche nella misura in cui ciò sia stato causato direttamente da un reato di terrorismo o un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato di terrorismo o che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.

Considerando 27 Direttiva UE 2017/541

Gli Stati hanno il dovere di rispettare e garantire il rispetto dei diritti di tutti coloro che sono all'interno della loro giurisdizione. Ciò include l'obbligo positivo degli Stati di adottare tutte le misure possibili per proteggere dagli atti di violenza, e dove ci sono vittime di violenza terroristica, per rispettare i loro diritti alla verità, alla giustizia e al risarcimento. Le indagini penali e l'azione penale nei casi di gravi violazioni possono essere un veicolo importante per rendere effettivi ai diritti di queste vittime. Il diritto delle

vittime di accedere alla giustizia è riconosciuto anche nei trattati sui diritti umani (ad esempio, l'articolo 6 della CEDU). Le vittime di violazioni da parte degli Stati, sia per azione o omissione, hanno il diritto ad un «rimedio efficace» nei confronti degli Stati responsabili delle violazioni dei loro diritti (ad esempio, articolo 13 CEDU, articolo 2(3) PIDCP).

I rimedi comprendono il diritto della vittima di accedere alle informazioni di interesse relative alle violazioni e ai meccanismi di riparazione (*GA res 60/147, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International human rights law and Serious Violations of International Humanitarian Law, VII., 16 dicembre 2005*).

I diritti delle vittime della criminalità in senso più ampio devono essere rispettati. Questi sono riconosciuti nella **Direttiva sui Diritti delle Vittime (Direttiva UE 2012/29/UE)** e in altri strumenti come la Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. La **Direttiva sui Diritti delle Vittime** stabilisce che «è volta a garantire che le vittime di criminalità ricevano informazioni, sostegno e protezione adeguate e possano partecipare a procedimenti penali. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano riconosciute e trattate in modo **rispettoso, sensibile, personalizzato, professionale e non discriminatorio** (...). I diritti di cui alla Direttiva si applicano alle vittime in modo non discriminatorio, anche per quanto riguarda il loro status di residenza» (articolo 1.1).

Le vittime devono essere trattate in tutte le fasi con **compassione e rispetto per la loro dignità e ricevere il sostegno necessario per rendere effettivi i loro diritti**. Esse hanno il diritto di accedere ai meccanismi della giustizia e di chiedere un risarcimento, come previsto dalla legislazione nazionale, per il danno che hanno subito. I meccanismi giudiziari e amministrativi dovrebbero essere istituiti e rafforzati, ove necessario, per consentire alle vittime di ottenere un risarcimento attraverso procedure formali o informali che siano veloci, eque, economiche e accessibili. Le vittime dovrebbero essere informate dei loro diritti di chiedere un risarcimento attraverso tali meccanismi. (UN, *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, UN Doc. A/RES/40/34, 1985, par. 4-5).

Le vittime hanno il diritto a ricevere informazioni in materia di indagini e processi, e le norme delle Nazioni Unite sulle migliori pratiche indicano che dovrebbero essere autorizzate a partecipare al processo, a chiedere il permesso di parlare e a chiedere un risarcimento per la loro perdita. In pratica, le vittime spesso non sono in grado di accedere alla giustizia o di partecipare pienamente al processo di giustizia penale per vari motivi, che possono includere la mancanza di consapevolezza dei loro diritti, condizioni socio-economiche, culturali, linguistiche o di altre condizioni locali. Per affrontare questo problema, uno degli obiettivi primari di qualsiasi efficace sistema giuridico e penale deve essere quello di identificare tutte le vittime colpite in modo tempestivo e di informarle del loro diritto ad accedere alla giustizia (UNODC, *UNODC, Good Practices in Supporting Victims of Terrorism within the Criminal Justice Framework*, 2015, para 119-120).

Vedi anche *Human Rights of Victims of Terrorism A Compilation of Selected International Sources 2019*.

## 5. Diritto anti-terrorismo negli stati di emergenza e conflitti armati

- a) **Quando i reati oggetto della Direttiva sono applicati in stato di emergenza e ai sensi della deroga alle disposizioni dei trattati internazionali sui diritti umani, i giudici devono garantire che il diritto internazionale dei diritti umani sia applicato al di là dei termini rigorosi della deroga. I diritti non derogabili, come la legalità (nullum crimen sine lege), la libertà dalla tortura e da altri maltrattamenti, le regole basilari di un processo equo e le garanzie procedurali minime in carcere, devono essere rispettati in ogni momento. Le limitazioni di altri diritti possono essere applicate nella misura richiesta dallo scopo di emergenza e qualsiasi limitazione deve essere interpretata in modo stretto. Nessun diritto può mai essere sospeso nella sua interezza.**
- b) **Nel conflitto armato, il diritto umanitario internazionale (DIU) si applica, insieme al diritto internazionale dei diritti umani, per governare la condotta delle parti in conflitto. Il comportamento associato a un conflitto armato, che è coerente con il DIU, non deve essere perseguito come «terrorismo». I comportamenti che costituiscano crimini di guerra devono essere perseguiti in quanto tali.**

*Commento:*

a) Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, le deroghe a determinati obblighi in materia di diritti umani sono ammissibili solo negli stati di emergenza ufficialmente proclamati, dove la guerra o altre emergenze pubbliche minacciano la vita della nazione (articolo 4 PIDCP, articolo 15 CEDU). Qualsiasi

deroga deve essere eccezionale e temporanea, deve essere conforme al diritto nazionale e coerente con altri obblighi di diritto internazionale e deve essere strettamente necessaria, proporzionata e limitata per far fronte a una minaccia specifica per la vita della nazione (vedi ulteriormente: [Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration](#), ICJ, 2008, pp.28-32). «Il semplice fatto che una deroga ammissibile da una disposizione specifica possa, di per sé, essere giustificata dalle esigenze della situazione non offusca l'obbligo che anche le misure specifiche adottate ai sensi della deroga siano richieste dalle esigenze della situazione. Nella prassi, ciò garantirà che nessuna disposizione (...), per quanto validamente derogata, sia del tutto inapplicabile al comportamento di uno Stato (...)» (CCPR, [General Comment 29](#), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, par. 4).

Le deroghe non devono incidere sui diritti che non sono derogabili secondo il diritto consuetudinario o le norme imperative del diritto internazionale. I diritti non derogabili comprendono il diritto alla vita; libertà dalla tortura o da altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti; libertà dalla schiavitù o dalla servitù; libertà dalla scomparsa forzata; libertà da reclusione per mancato adempimento di un obbligo contrattuale; il diritto al riconoscimento ovunque come una persona davanti alla legge; il diritto di non essere condannati per atti che, al momento della loro commissione, non erano reati ai sensi del diritto nazionale o internazionale, o segnatamente che non sono stati prescritti da diritto chiaro e accessibile; e il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Alcuni diritti e obblighi che non sono espressamente non derogabili ai sensi della CEDU e del PIDCP, sono stati ritenuti in ogni momento garanzie essenziali applicabili: ciò include le garanzie fondamentali del diritto a un processo equo, il diritto di contestare la legittimità della propria detenzione e, più in generale, il divieto di detenzione arbitraria, garanzie procedurali come l'accesso tempestivo agli avvocati e ai tribunali al momento della detenzione, e il diritto a un rimedio efficace (ad es. Comitato per i Diritti Umani dell'ONU (UN HRC), [General Comment No. 29](#)).

È essenziale per la legittimità della deroga che vi sia un'efficace supervisione giudiziaria della giustificazione di disposizioni di «emergenza» nonché della natura dei diritti derogati. Ciò comporta una valutazione dell'opportunità di «una situazione eccezionale di crisi o di emergenza che colpisce l'intera popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità di cui lo Stato è composto» ([Lawless v. Ireland](#), ECtHR, Application No. 332/57, Judgment of 14 November 1960; [A and others v. United Kingdom](#), ECtHR, Application No. 3455/05, Judgment of 19 February 2009). Tuttavia, il ruolo giudiziario è spesso fondamentale per valutare se determinate misure siano giustificate come «strettamente necessarie e proporzionate» ai sensi di tale emergenza e non discriminatorie. Vedi ulteriormente, [Legal Commentary to the ICJ Geneva Declaration](#), ICJ, 2011, Principio 4).

I giudici devono garantire che i diritti non derogabili siano sempre tutelati, anche in merito alla mancanza di chiarezza e specificità nel diritto penale, protezione contro la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti e protezione contro la detenzione arbitraria e il processo ingiusto.

b) Il diritto internazionale umanitario (DIU), insieme al diritto internazionale dei diritti umani (DIDU) e al diritto penale internazionale (DPI), prevede norme internazionali accettate che disciplinano la condotta durante, e in relazione a, un conflitto armato. Le situazioni di terrorismo non devono essere confuse con situazioni di conflitto armato. Un conflitto armato esiste solo quando vi è l'uso della forza fra gli Stati, o nel caso di un conflitto non internazionale, quando vi è un'intensità sufficiente di ostilità e un grado di organizzazione delle parti in tali ostilità ([Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights](#), ICJ, 2009, pp. 53-56).

Come hanno chiarito la risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la maggior parte delle altre risoluzioni e dei trattati del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel campo dell'anti-terrorismo negli ultimi anni, gli Stati devono interpretare e dare effetto ai loro obblighi anti-terrorismo in modo coerente con il DIU. L'interpretazione e il perseguimento del terrorismo non devono pertanto compromettere l'efficacia del funzionamento del DIU. Ciò si riflette nel considerare 37 della Direttiva che stabilisce che la Direttiva non disciplina le attività delle forze armate durante i periodi di conflitto armato, disciplinati dal diritto umanitario internazionale.

Come hanno sottolineato il Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) e altri, gli atti illeciti di terrorismo devono quindi essere distinti dalla partecipazione a un conflitto da parte di persone che rispettano le previsioni del DIU. Sono le violazioni del DIU che devono essere perseguite, idealmente come crimini di guerra (vedi ulteriormente la sezione III.1 *infra* sull'articolo 3 della Direttiva). Come ha rilevato un tribunale belga, «se i partecipanti a un conflitto armato combattono nella consapevolezza che in ogni caso saranno perseguiti in base al diritto penale comune o ai sensi della legislazione sul terrorismo, non vi è alcun incentivo a rispettare (almeno) il diritto umanitario internazionale» (ad esempio, Corte d'Appello di Gand, Decisione del Caso 939/2019, 8 marzo 2019, 26-27).

## 6. Principi dei diritti umani implicati dai reati oggetto della Direttiva

### 6.1 Principio di Legalità: Nullum Crimen Sine Lege

**Il principio di legalità, che comprende molteplici elementi, di cui infra, è potenzialmente compromesso dall'implementazione degli obblighi di criminalizzazione dei reati oggetto della Direttiva. Esso richiede la non-retroattività (*lex previa*), la certezza e la chiarezza del diritto (*lex certa*) e la rigorosa applicazione e costruzione del diritto penale (*lex stricta*). Il principio si riflette nei sistemi nazionali e internazionali (ad esempio, articolo 7(1) CEDU, articolo 11(2) Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, articolo 15 PIDCP, articolo 49 CDFUE, articoli 22 (*nullum crimen sine lege*) e 23 (*nulla poena sine lege*) dello Statuto della CPI). Si tratta quindi di un diritto tutelato dal diritto internazionale e di uno dei principi fondamentali del diritto penale, da cui dipende la legittimità delle risposte della giustizia penale.**

**In particolare, alla luce dell'ampiezza e della suscettibilità all'abuso di alcuni reati di terrorismo, i giudici hanno un ruolo cruciale da svolgere nel proteggere contro l'applicazione arbitraria del diritto penale. Essi devono garantire che il diritto penale soddisfi i severi requisiti della legalità, compreso quello sancito nel principio fondamentale *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege* – nessun crimine o punizione senza legge). Mentre può essere possibile perseguire una persona in assenza di responsabilità in un crimine terroristico completato, ad esempio nel caso di un reato di atti preparatori, una linea rossa che non dovrebbe essere attraversata è perseguire gli individui solo sulla base di ciò che possono aver pensato di fare, piuttosto che di ciò che hanno fatto. I giudici devono allo stesso modo proteggersi dall'erosione del principio di colpevolezza (*mens rea*) in quanto si riferisce alla condotta costitutiva del reato (*actus reus*), un elemento essenziale di colpevolezza penale. Devono respingere l'introduzione di presunzioni di colpevolezza (ad esempio, che il viaggio in una certa zona implichi l'intenzione di impegnarsi nel terrorismo), che eroderebbe la presunzione di innocenza e l'onere della prova nei casi penali.**

#### 6.1.1 Principio di non retroattività:

**I giudici e i pubblici ministeri devono garantire che il principio della non retroattività sia rispettato rigorosamente, in modo che solo i reati chiaramente previsti dalla legge al momento della loro commissione siano perseguiti.**

*Commento:* Non è controverso in tutto il diritto penale nazionale e internazionale il fatto che i crimini debbano essere chiaramente previsti dalla legge al momento della loro commissione. Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti dell'Uomo, che ha rilevato violazioni emergenti da condanne per reati terroristici ai sensi di una legislazione che non esisteva al momento dei presunti reati, ha notato che non è sufficiente che la legge in vigore in quel momento criminalizzasse altri reati rilevanti ai quali si applicavano sanzioni analoghe. (UN HRC, *Communication No. 981/2001*, UN DOC CCPR/C/78/D/981/2001). Anche il modo in cui la legge preesistente sarà interpretata nella prassi deve essere prevedibile per non determinare concretamente, l'applicazione retroattiva della legge (*Jorgic v. Germany*, ECtHR, Application No. 74613/01, Judgment of 12 October 2007, par. 109-113).

Le sanzioni devono essere prescritte anche nella legge preesistente, che si riflette nel relativo principio del *nulla poena sine lege*. Non può essere inflitta una sanzione più pesante di quella in vigore al momento della commissione del reato. Le misure volte ad aumentare le sanzioni retroattivamente, in linea con lo spostamento degli imperativi politici, ad esempio in seguito a un attacco terroristico, non sono conformi a questo principio e alla CEDU e all'PIDCP (per esempio, vedi: *Welch v. United Kingdom*, ECtHR, Application No. 17440/90 Judgment of 9 February 1995).

#### 6.1.2 Chiarezza, precisione e prevedibilità

- a) **I giudici devono garantire che il reato in questione sia sufficientemente chiaro e certo da consentire alle persone di accertare con ragionevole certezza in che modo esso influirà su di esse. Le leggi non devono essere formulate in modo vago, troppo ampio e tale da prestarsi a un'applicazione arbitraria da parte delle autorità. I giudici devono cercare di garantire l'applicazione coerente, prevedibile ed equa della legge, libera dalla discriminazione per qualsiasi motivo di status e che la legge sia interpretata in modo restrittivo (vedi 6.1.4 *infra*).**

- b) **Nel giudicare i casi di terrorismo, i giudici devono mirare a contribuire alla prevedibilità dell'applicazione di tali reati spiegando i motivi delle loro decisioni, attingendo alle norme sui diritti umani e sviluppando la giurisprudenza. La giurisprudenza degli Stati membri dell'UE e di altre giurisdizioni, nonché della CGEU, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e degli organismi delle Nazioni Unite, può servire come guida persuasiva e in alcuni casi obbligatoria.**

*Commento:* Il principio della legalità richiede che la condotta criminalizzata sia descritta in un linguaggio preciso e inequivocabile che definisca in modo stretto il reato punibile e lo distingua da comportamenti non punibili o punibili con altre sanzioni. Il principio prevede che la legge sia «ragionevolmente prevedibile nella sua applicazione e nelle sue conseguenze...» (UN ECOSOC, [Report of R. Goldman, UN Independent Expert on The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism](#), UN Doc. E/CN.4/2005/103, 2005). Come la CEDU ha ripetutamente chiarito, un reato deve essere sufficientemente definito dalla legge che «l'individuo può conoscere dalla formulazione della disposizione pertinente e, se necessario, con l'assistenza dell'opera di interpretazione dei tribunali, quali atti e omissioni lo renderanno responsabile». (*Kokkinakis v. Greece*, ECtHR, Application No. 14307/88, ECtHR, Judgment of 25 May 1993 par. 52.). Tutti gli elementi essenziali dei reati, che comprendono comportamenti e intenti individuali (vedi infra), devono pertanto essere chiaramente previsti dalla legge e prevedibili. Un recente rapporto dell'UNODC considera che «sia la condotta di supporto (agevolare, preparare, finanziare, fornire sostegno materiale) che la condotta supportata (l'atto violento) devono essere definite in modo conforme al principio di legalità» (UNODC, [Handbook on Gender Dimensions of Criminal Justice Responses to Terrorism](#), 2019).

In alcuni casi, i giudici non saranno in grado di rimediare i difetti legislativi, senza impegnarsi in un processo legislativo imprevedibile (*Jorgic v. Germany*, par. 109-113). Allo stesso tempo, come ha osservato la CEDU: «Ci sarà sempre bisogno di chiarire i punti dubbi e di adattarsi alle circostanze mutevoli». (CEDU, *Scopolla v Italy* (no 2), ECtHR, Application No. 10249/03, Judgment of 17 settembre 2009, par. 100). Un chiaro ragionamento giudiziario che rispetti il diritto dei diritti umani ha un ruolo importante da svolgere nella salvaguardia del principio di legalità.

Le limitazioni dell'accesso pubblico alle sentenze dei tribunali, anche in alcuni paesi europei, sollevano problemi di certezza del diritto e del diritto di accesso alle informazioni su questioni di interesse pubblico in materia di sicurezza e di diritti umani. In Belgio, ad esempio, le relative decisioni giudiziarie non sono disponibili al pubblico.

### 6.1.3 Interpretazione stretta del diritto penale a favore dell'imputato

**La legge deve essere rigorosamente applicata e interpretata in modo ristretto, e il dubbio sulla portata dei crimini deve essere risolto a favore dell'imputato. I giudici devono interpretare la portata del reato in modo ristretto, in linea con il quadro dei diritti umani e i principi del diritto penale.**

*Commento:* Il diritto penale deve operare eccezionalmente, uno strumento pesante da impiegare come ultima risorsa (*ultimo ratio*). Come la CEDU ha frequentemente chiarito, la legge deve essere interpretata e applicata «in modo da fornire garanzie efficaci contro azioni giudiziarie arbitrarie, condanne e punizioni» (Vedi *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, ECtHR, Application No. 34044/96, Sentenza del 22 marzo 2001, par. 50). Due importanti implicazioni di questo principio sono che il diritto penale deve essere applicato rigorosamente e interpretato in modo restrittivo (*lex stricta*) e che qualsiasi ambiguità dovrebbe essere risolta a favore dell'imputato. Non deve quindi essere estensivamente interpretato a danno di un imputato, ad esempio per analogia (*Rome Statute of the ICC*, articolo 22(b) European Parliament, [resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law \(2010/2310\(INI\)\)](#)). Ciò deriva dal fatto che solo la legge può definire un reato e prescrivere una sanzione.

Il «principio di moderazione» e del diritto penale come ultima risorsa (*ultimo ratio*) significa che i pubblici ministeri e i giudici devono esercitare cautela nel ricorrere al diritto penale. Ciò è riconosciuto, ad esempio, nell'approccio dell'UE al diritto penale (Parlamento Europeo, [European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law \(2010/2310\(INI\)\)](#)).

### 6.1.4 La responsabilità penale deve essere individuale, basata sulla condotta e sull'intento

**I giudici devono garantire che le persone siano perseguite e punite in modo commisurato al proprio comportamento colpevole, in linea con i principi fondamentali del diritto penale. Mentre**

**normalmente questo si baserà sul contributo intenzionale o imprudente al danno causato, eccezionalmente può coprire contributi a un prevedibile rischio di danno. Tuttavia, il diritto penale non deve punire il pericolo astratto, o quando non vi è alcun legame diretto tra l'autore del reato e il danno finale.**

*Commento:* La Direttiva si inserisce in un orientamento della legislazione antiterrorismo verso l'attribuzione di un ruolo sempre più "preventivo" al diritto penale. Mentre il diritto penale può svolgere un ruolo cruciale nell'affrontare comportamenti che contribuiscono in vari modi agli atti di terrorismo, la portata espansiva dei reati pone anche gravi sfide ai principi fondamentali del diritto penale che disciplinano gli elementi mentali e materiali essenziali dei reati, la responsabilità individuale e la giustificazione per ricorrere al diritto penale.

L'intento e l'imprudenza forniscono la base per la colpevolezza e la responsabilità dell'individuo per i reati legati al terrorismo (l'approccio dell'UE al diritto penale riconosce «l'intenzione» come regola generale e la «grave negligenza» come eccezione; ciò può sorgere quando vi è un dovere speciale di diligenza ai sensi della legge che è stata violata). Il ruolo essenziale dell'intento criminale e «il principio della colpa individuale (nulla poena sine culpa)» devono essere salvaguardati nell'interpretazione e nell'applicazione di tutti i reati oggetto della Direttiva. Di conseguenza, è quando un individuo si sposta dall'intenzione all'azione e si impegna in un «atto esterno», che l'intervento del diritto penale può essere giustificato.

Di solito questo si verifica non appena c'è un danno causato a un bene protetto (il «principio del danno» nel diritto penale). In via di eccezione, il diritto penale penalizza anche i reati incompiuti prima che il danno sia sorto o che si sia commesso un reato, sulla base del fatto che la condotta in questione, commessa con intenti criminali, comporta un rischio significativo di danno. La Direttiva in alcuni casi riflette esplicitamente l'obbligo che il «pericolo» debba derivare dal comportamento dell'imputato per rispondere all'oggettiva dimensione di un reato di terrorismo (Sezione III.3, Provocazione). Gli atti preparatori, che possono includere la pianificazione o la cospirazione al fine di commettere o contribuire a un reato terroristico, possono anche essere perseguiti se gli elementi pertinenti sono soddisfatti. È tuttavia essenziale che la legge non punisca a titolo di reato il pericolo astratto. Non può punire i pensieri, per quanto le idee di un individuo possano essere socialmente pericolose, fino a quando non si convertano in atti concreti.

Nella prassi, tuttavia, una serie di reati di terrorismo nel diritto nazionale sollevano preoccupazioni in quanto si basano su una condotta semplice, in assenza di prove che la condotta abbia prodotto alcun effetto o abbia creato anche un pericolo di danno, e potrebbe non richiedere l'intenzione di contribuire ad atti di terrorismo. Così la legge francese del 2016 che ha reso un reato «l'abituale» accesso a un sito web contenente messaggi, immagini o rappresentazioni ritenute idonee a «incitare» o «glorificare» il terrorismo (legge n. 2016-731 che modifica l'articolo 421-2-5-2 del Codice Penale, 4 giugno 2016 (legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016)) è stata abrogata dalla Corte Costituzionale nel febbraio 2017. La Corte ha accertato che il semplice accesso a tali siti non costituisce un contributo prevedibile a un reato terroristico (Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017): «le disposizioni contestate non richiedono che le persone che accedono abitualmente ai servizi di comunicazione pubblica online intendano commettere atti terroristici, né richiedono la prova che tale accesso è accompagnato dal desiderio di aderire a un'ideologia espressa da questi servizi». La Corte ha osservato che «queste disposizioni puniscono con una pena detentiva di due anni il semplice atto di accedere più volte a un servizio di comunicazione pubblica online, indipendentemente dall'intenzione dell'individuo...»

Poiché la punizione deve corrispondere alla colpevolezza dell'individuo, è il contributo dell'individuo a quel danno o rischio, misurato dal comportamento e dall'intento, che può essere punito. Mentre il danno può in ultima analisi essere causato da un'altra persona, ci deve essere «sufficiente coinvolgimento normativo di un individuo nell'atto illecito, o per lo meno nella creazione deliberata di un tale atto illecito in corso, per giustificare l'intervento penale» (*Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework*, OSCE (ODIHR), 2018.) È un principio fondamentale del diritto penale e dei diritti umani che «Nessuno può essere ritenuto penalmente responsabile per atti in cui non si è personalmente impegnato o non ha in qualche modo partecipato». (*Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999*, ICTY, Case of The Prosecutor v. Tadic, No. IT-94-1-A par. 186). Qualora non vi sia alcun legame significativo tra l'individuo e il danno o il rischio – in questo contesto di atti di violenza terroristica – il principio della «lontananza» nel diritto penale può impedire l'azione penale.

## 6.2. Restrizione alla libertà di movimento, espressione, associazione, assemblea, privacy, vita privata e familiare, diritto alla partecipazione politica: obiettivo legittimo, necessità e proporzionalità

**Le leggi che prevedono la criminalizzazione ai sensi della Direttiva possono, nella forma o nel modo in cui sono attuate, servire a limitare il godimento di determinati diritti umani e di libertà fondamentali, come le libertà di movimento, di assemblea, di associazione, di espressione, di diritto alla partecipazione politica, alla privacy o alla vita privata e familiare. Le clausole di limitazione sia nella CEDU che nel PIDCP consentono alcune restrizioni, ma questo quadro giuridico deve essere applicato rigorosamente in modo da non «compromettere l'essenza di uno di questi diritti». Ciò richiede ai legislatori, ma anche ai pubblici ministeri e ai giudici di valutare (a) se il reato - nella forma e come interpretato ed espresso negli atti di accusa - sia chiaramente prescritto dalla legge, (b) se l'azione penale serva realmente a un obiettivo legittimo (come la sicurezza nazionale nel caso della maggior parte delle misure antiterrorismo) (c) se il perseguimento dell'individuo può essere giustificato come opportuno, necessario e proporzionato a tale obiettivo in tutte le circostanze del caso particolare e (d) se il reato e qualsiasi azione penale di questo tipo siano di natura discriminatoria o l'azione penale venga condotta con intento o effetto discriminatorio (vedi *infra*). I pubblici ministeri dovrebbero valutare se l'azione penale per un reato che comporta lo stigma speciale del terrorismo sia giustificata o se l'azione penale per un altro reato applicabile o misure «meno invasive» sui diritti dell'azione penale siano disponibili per raggiungere l'obiettivo.**

*Commento:* Esistono molti modi in cui i reati di cui alla Direttiva, tra cui i reati di terrorismo (ad esempio i reati legati ai viaggi, l'istigazione o «provocazione», la partecipazione a gruppi proibiti, il reclutamento, il finanziamento o l'agevolazione, tra gli altri) possono servire a limitare i diritti umani, come la libertà di espressione, assemblea, associazione, movimento, diritto alla privacy e diritto alla partecipazione politica.

In determinate circostanze, restrizioni su questi diritti o altri (i diritti alla vita privata (art. 17 PIDCP, art. 8 CEDU, art. 7 CDFUE), religione (art. 18(3) PIDCP, art. 9.2 CEDU, art. 10 CDFUE), libertà di espressione (art. 19 PIDCP, art. 10 CEDU, art. 11 CDFUE) o assemblea (art.21 PIDCP, art. 11 CEDU, art. 12 CDFUE) e associazione (art.22 , art. 11 CEDU, art. 12 CDFUE)) possono essere lecite e appropriate, o addirittura richieste, ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani. Tuttavia, qualsiasi restrizione a tali diritti deve essere chiaramente fissata dalla legge, necessaria e proporzionata, e avere garanzie adeguate. Il diritto penale per sua natura interferirà con il godimento dei diritti umani e, pertanto, deve prescrivere chiaramente le circostanze eccezionali in cui, ad esempio, l'espressione o l'associazione potrebbero essere perseguite. L'entità dell'interferenza deve essere giustificata se necessario (cioè, come ultima risorsa), l'uso del diritto penale, nonché la pena specifica, deve essere una risposta proporzionata alla condotta e all'intento in questione e non essere discriminatorio nell'intenzione e nell'effetto.

L'ampia inquadratura e l'interpretazione dei reati «preventivi» nel contesto anti-terrorismo non hanno talvolta soddisfatto questo test. Per esempio, il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha riscontrato nel diritto francese definizioni troppo ampie di reati terroristici che non rientrano nei requisiti di una chiara prescrizione nella legge. (HRC, [Concluding Observations: France 2015](#), UN Doc. CCPR/C/FRA/5. par.10).

Nel decidere sui casi di antiterrorismo, al fine di evitare interferenze arbitrarie o sproporzionate con i diritti umani, attenzione particolare è dovuta a questioni di prossimità a un atto criminale violento di terrorismo, e nei casi di reati accessori o preparatori, a se e come il reato è collegato o può causare o contribuire a tali atti violenti. Nell'interpretare e nell'applicare l'intento necessario, ad esempio nel caso di commissione di reati preparatori o accessori al terrorismo, si deve considerare se l'imputato intendesse causare o contribuire a causare danni attraverso un atto violento di terrorismo, o a creare un rischio prevedibile di tale danno. I giudici devono chiarire nella misura più ampia possibile la natura dell'intento richiesto per la commissione del reato e come si è concretizzato nel caso particolare dinanzi a loro.

## 6.3 Non-discriminazione

**I giudici devono garantire che i reati di antiterrorismo, e le loro indagini e azioni penali nella prassi, non siano direttamente o indirettamente discriminatori e garantire l'uguaglianza davanti alla legge. Le misure di salvaguardia contro la discriminazione devono essere in vigore in tutte le fasi del processo penale. I giudici e i pubblici ministeri dovrebbero essere attenti alla possibilità di pregiudizi consapevoli o inconsapevoli in tutte le fasi del processo di indagine, dell'azione penale e del processo e devono esaminare i procedimenti e le decisioni sotto il profilo dell'esistenza di eventuali profili di discriminazione. I motivi proibiti di discriminazione includono razza, colore,**

**orientamento sessuale o identità di genere, età, sesso, religione, opinione politica o di altro tipo, lingua, cittadinanza, nazionalità o stato di migrazione, provenienza nazionale, sociale o etnica, provenienza, stato di salute, disabilità, proprietà, stato socio-economico, nascita o altro status, o l'intersezione delle stesse.**

*Commento:* I motivi vietati di discriminazione nel diritto internazionale dei diritti umani sono tutelati dall'articolo 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (UDHR), articoli 2(1) e 26 PIDCP (compresa l'uguaglianza e la parità di protezione della legge) interpretati e applicati dal Comitato per i Diritti Umani, articolo 14 CEDU e Protocollo 12 articolo 1; la Carta Sociale Europea Riveduta (articolo E); e l'articolo 20 (uguaglianza davanti alla legge) e l'articolo 21 della CDFUE; l'articolo 14 della [Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation 2010](#), [1997 Convention for the Suppression of Terrorist Bombings](#), and [1999 Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism](#).)

Va sottolineato che l'articolo 21 della CDFUE e l'articolo 26 del PIDCP sono disposizioni permanenti di non-discriminazione, il che significa che si applicano a tutte le leggi e comportamenti statali e non sono limitate a nessun altro settore specifico della protezione dei diritti o del diritto internazionale o nazionale. Pertanto, tutte le leggi antiterrorismo ricadranno necessariamente sotto il loro ambito d'applicazione.

La discriminazione può essere diretta e indiretta, intenzionale e involontaria – può sorgere attraverso l'indagine, la raccolta, l'uso o la valutazione delle prove, durante il processo e/o l'irrogazione della pena. Come ha osservato l'ex Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani, le prassi investigative discriminatorie sono illegittime, ma anche inefficaci; è essenziale che le persone non siano trattate come sospetti terroristi sulla base della loro etnia, religione o altra identità reale o percepita. ([Assessing Damage, Urging Action](#) – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, ICJ, 2009, p.165). Anche se il terrorismo «non è legato ad alcuna religione», l'impatto sproporzionato di molti procedimenti per terrorismo sulle persone della popolazione musulmana in Europa è ben documentato (vedi ad esempio [Dangerously Disproportionate – The Ever-expanding National Security State in Europe](#), Amnesty International, [Dangerously Disproportionate](#), Amnesty International, 2017). Tale discriminazione assume molte forme, ma include ad esempio il basarsi su prove di pratica religiosa o di credenza come indicatori di intenti terroristici.

Le distinzioni basate sulla nazionalità hanno anche sollevato serie preoccupazioni in diversi Stati nel contesto dell'anti-terrorismo negli ultimi anni. I giudici hanno svolto un ruolo significativo nell'identificare diverse forme di discriminazione nei confronti di migranti, rifugiati, apolidi e cittadini di origine straniera, riconoscendo che non esiste una «giustificazione oggettiva» basata su prove per distinzioni basate sulla nazionalità ([A & Others v UK](#)).

Vi è «un maggiore riconoscimento della necessità di esaminare in che modo le esperienze e le pratiche di genere dovrebbero informare e plasmare la risposta della giustizia penale al terrorismo». (UNODC, ['Handbook on Gender Dimensions of Criminal Justice Responses to Terrorism'](#), 2019, (d'ora in poi 'UNODC 2019 Report')). Questo inizia con la natura e la portata dei crimini perseguiti e comprende anche le difese disponibili, le indagini, il processo equo, l'irrogazione della pena e la mitigazione. È fondamentale evitare gli stereotipi di genere, comprese le ipotesi sul ruolo delle donne come «vittime», che hanno caratterizzato gli errori politici e giudiziari in molti Stati negli ultimi anni ([Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework](#), OSCE (ODIHR), 2018 UNODC Report 2019). Negare la capacità delle donne di assumere ruoli attivi, o assumere a priori che determinati ruoli siano legati al sesso, sia esso maschile o femminile, può anche equivalere a discriminazione illegale. Lo sproporzionato impatto sulle donne di alcuni reati, come il finanziamento e il sostegno ai familiari, o il nascondere o il non denunciare di comportamenti criminali che possono accompagnare i reati oggetto della Direttiva, deve anche evitare discriminazione indiretta (UNODC 2019 Report).

Nel decidere di perseguire donne o uomini, si dovrebbe prendere in considerazione la complessità dei ruoli degli individui. Un esempio citato nell'UNODC Report on Gendered Dimensions to Criminal Justice del 2019 e in una relazione delle Nazioni Unite dell'anno 2017 sul percorso verso l'estremismo in Africa, è *la percentuale sproporzionatamente elevata di donne costrette ad aderire a organizzazioni terroristiche o estremiste, tra cui Boko Haram, Al-Shabaab e lo Stato Islamico in Iraq e nel Levant* (UNDP, ['Journey to Extremism in Africa: Drivers, Incentives, and the Tipping Point for Recruitment'](#), 2017 p. 495). Si deve fare attenzione ad evitare l'azione penale contro le donne trafficate poiché il «principio di non punizione delle vittime del traffico di essere umani» si riflette nelle norme internazionali (UNODC Report 2019).

Nella prassi, in tutta Europa e al di fuori sorgono preoccupazioni in materia di uguaglianza in molti aspetti della procedura penale. La profilazione è stata definita come *«l'associazione sistematica di insiemi di*

*caratteristiche fisiche, comportamentali o psicologiche con particolari reati e il loro uso come base per prendere decisioni di applicazione della legge» (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, par. 33).*

La profilazione basata esclusivamente sulle caratteristiche immutabili di una persona, come l'etnia, e non sul comportamento individuale e sul sospetto di criminalità, è illegittima. Nella sua relazione sull'argomento, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani descrive l'impatto negativo della profilazione: «Questa stigmatizzazione può, a sua volta, provocare un sentimento di alienazione tra i gruppi presi di mira».

Il [Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism](#) par. 57-58) afferma che «la vittimizzazione e l'alienazione di alcuni gruppi etnici e religiosi possono avere significative implicazioni negative sugli sforzi delle forze dell'ordine, in quanto comportano una profonda sfiducia nei confronti della polizia [...] La mancanza di fiducia tra la polizia e le comunità può essere particolarmente disastrosa nel contesto dell'antiterrorismo. La raccolta di informazioni è la chiave per il successo di operazioni che sono in gran parte preventive [...] Per avere successo, le politiche in merito all'applicazione delle leggi sull'antiterrorismo dovrebbero rafforzare la fiducia tra la polizia e le comunità».

Anche se la religione non è in genere menzionata esplicitamente nei casi di antiterrorismo, partecipanti a questo progetto hanno suggerito che in pratica la religione è molto spesso presa in considerazione, come notato dagli esperti durante una delle Tavole Rotonde della ICJ. È stato suggerito che in alcuni Stati membri il modo in cui le persone praticano la religione a volte funge da elemento supplementare da considerare per i giudici. A questo proposito, gli altri fatti materiali, presi insieme al modo in cui viene praticata la religione, possono essere utilizzati per stabilire un «intento» di partecipare a reati terroristici. Per esempio, i giudici o i pubblici ministeri potrebbero fare affidamento su generici segnali che le persone accusate stavano «praticando l'Islam radicale».

Tali pratiche hanno un notevole potenziale di discriminazione, che deve essere riconosciuto e affrontato. È stato suggerito da alcuni partecipanti a questo progetto che quando i giudici stanno valutando il caso, alcuni tipi di prove che non hanno nulla a che fare con la colpevolezza potrebbero essere citati come prova. Per esempio: la lunghezza di una barba o portare un hijab o portare pantaloni più corti potrebbero essere considerati come forme di manifestazione del comportamento criminale di qualcuno. I giudici potrebbero anche non essere a conoscenza di tutte queste piccole indicazioni che si svolgono durante il processo, ma queste possono influenzare la decisione in modo discriminatorio.

### III. Reati oggetto della Direttiva

#### 1. Reati di Terrorismo

Direttiva EU 2017/541  
Articolo 3 **Reati di Terrorismo**

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano considerati reati di terrorismo i seguenti atti intenzionali, definiti reati in base al diritto nazionale che, per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi con uno degli scopi elencati al paragrafo 2: a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona o cattura di ostaggi; d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere in pericolo vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di esplosivi o armi da fuoco, comprese armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari, nonché ricerca e sviluppo di armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari; g) rilascio di sostanze pericolose o il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; i) interferenza illecita relativamente ai sistemi, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2013/40/UE del Parlamento e del Consiglio (1) nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 3 o l'articolo 9, paragrafo 4, lettere b) o c), di tale direttiva in questione e interferenza illecita relativamente ai dati, di cui all'articolo 5 di tale direttiva nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 4, lettera c), di tale direttiva; j) minaccia di commettere uno degli atti elencati alle lettere da a) a i).
2. Gli scopi di cui al paragrafo 1 sono: a) intimidire gravemente la popolazione; b) costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; c) destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale.

#### Indicazioni

**Misure investigative, azioni penali o condanne per reati di terrorismo nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 3 possono avere implicazioni gravi per i diritti ai sensi del diritto internazionale in materia dei diritti umani nonché della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. A seconda delle circostanze del caso, questo può includere diritti alla privacy e al rispetto della vita privata (articolo 8 CEDU, articolo 17 PIDCP, articolo 7 CDFUE), diritto alla libertà di associazione (articolo 11 CEDU, articolo 22 PIDCP, articolo 12 CDFUE), libertà di assemblea (articolo 11 CEDU, articolo 21 PIDCP, articolo 12 CDFUE), libertà di espressione (articolo 10 CEDU, articolo 19 PIDCP, articolo 11 CDFUE), libertà di religione o di credo (articolo 9 CEDU, articolo 18 PIDCP, articolo 10 CDFUE), diritto alla partecipazione politica (articolo 25 PIDCP) e diritto alla libertà (articolo 5, articolo 9 PIDCP, articolo 6 CDFUE). I giudici e i pubblici ministeri coinvolti in tali casi dovranno pertanto valutare in che misura la restrizione di tali diritti sia adeguatamente chiara e prevedibile in modo da essere prescritta dalla legge; perseguire veramente un obiettivo legittimo come la protezione della sicurezza nazionale; è necessario e proporzionato a tale obiettivo; ed è non discriminatorio (articolo 14 CEDU, articolo 2.1 PIDCP, articolo 21 CDFUE; CERD). In tal modo, dovrebbe essere presa in considerazione anche la particolare gravità e stigmatizzazione legata a un reato di terrorismo, al contrario dei reati ordinari che potrebbero essere applicabili.**

**I reati di terrorismo di diritto nazionale non devono avere una portata eccessivamente ampia e non devono criminalizzare attività legittime come la protesta politica, l'espressione artistica o la difesa dei diritti umani. I giudici e i pubblici ministeri dovrebbero applicare questi reati in modo restrittivo e dovrebbero considerare, in ogni singolo caso, se l'individuo interessato avrebbe potuto ragionevolmente prevedere che il loro comportamento rientrava nell'ambito del reato, come richiesto dal principio di prescrizione per legge. I requisiti di «intenzione» nel diritto nazionale dovrebbero essere interpretati come la richiesta di una specifica intenzione a commettere l'atto impugnato per uno scopo terroristico.**

**Qualora la condotta in questione potesse sollevare questioni di interesse pubblico, comprese espressione politica o artistica della difesa del diritto di altri, i giudici e i pubblici ministeri devono esaminare la necessità e la proporzionalità dell'indagine, dell'azione penale o della condanna in modo particolarmente attento, alla luce del diritto alla libertà di assemblea, libertà di espressione, del diritto di partecipazione politica (articolo 25 PIDCP) e il diritto di difendere i diritti umani (UN Declaration on Human Rights Defenders).**

**I giudici e i pubblici ministeri devono esaminare le indagini e le azioni penali per reati nell'ambito dell'articolo 3, per potenziali intenti e/o impatto discriminatori, in particolare in contesti in cui le leggi anti-terrorismo sono applicate in modo sproporzionato a particolari gruppi religiosi, nazionali, etnici o razziali, in particolare le minoranze. Si deve evitare una dipendenza potenzialmente discriminatoria dalle prove (ad esempio per quanto riguarda l'abbigliamento o la pratica religiosa).**

**Nessuno deve essere condannato per un reato di terrorismo solo per la partecipazione a un conflitto armato al quale si applica il diritto umanitario internazionale, o per atti commessi nella conduzione di un conflitto armato (considerando 37 della Direttiva). Ciò è senza pregiudizio per il perseguimento di una condotta che potrebbe essere considerata «terrorismo» che anche costituisce un crimine di guerra là dove abbia luogo durante un conflitto armato.**

### **Commento:**

La definizione di reato di terrorismo ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva è ampia, con un ambito incerto sotto diversi aspetti, compresa **la portata del danno previsto, la natura dello scopo terroristico e la natura dell'intenzione** di commettere il reato. Il rispetto dei principi internazionali di legalità dei diritti umani, prescrizione per legge e necessità e la proporzionalità richiede sia un'ulteriore specificazione nella legislazione nazionale, sia un'interpretazione giudiziaria chiara e restrittiva.

Non esiste una definizione concordata di terrorismo nel diritto internazionale. I tentativi di lunga data a livello delle Nazioni Unite (ONU) di adottare una definizione nell'ambito del Draft Comprehensive Convention on International Terrorism non hanno portato i loro frutti. I Relatori Speciali successivi delle Nazioni Unite sulla promozione e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo, hanno espresso preoccupazione per gli sforzi volti a rafforzare gli approcci di diritto penale preventivi al terrorismo, in assenza di una comprensione comune del «terrorismo» preso di mira.

Per esempio, l'ex Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la lotta al terrorismo e i diritti umani, Martin Scheinin, ha osservato: «50. L'assenza di una definizione universale, completa e precisa di «terrorismo» è problematica per l'efficace protezione dei diritti umani, nella lotta al terrorismo. [...] È essenziale, nel frattempo, garantire che il termine «terrorismo» sia limitato nel suo uso a una condotta realmente di natura terroristica». ([Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism](#)). *Vedi ulteriormente sopra sezione I.*

Più recentemente, nel 2019, l'attuale Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla lotta al terrorismo e i diritti umani ha ribadito queste preoccupazioni e ha sottolineato l'impatto di ampie definizioni sulla società civile:

“34. Una tendenza determinante nell'attuazione nazionale del quadro antiterrorismo del Consiglio di Sicurezza è l'emergenza globale di definizioni eccessivamente ampie e vaghe del terrorismo. Come previsto, queste hanno il potenziale di violazioni indesiderate dei diritti umani e sono state deliberatamente utilizzate in modo improprio per colpire un'ampia varietà di gruppi, persone e attività della società civile. Tale legislazione è utilizzata per colpire, tra l'altro, la società civile, i difensori dei diritti umani, i giornalisti, i gruppi di minoranza, gli attivisti del lavoro, le popolazioni indigene e i membri dell'opposizione politica.» ([Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism](#)).

Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha regolarmente trovato definizioni troppo ampie di reati di terrorismo nel diritto interno che non rientrano nei canoni della legalità, anche per quanto riguarda la Francia (UN HRC, [Concluding Observations: France](#) e il Belgio (UN HRC, [Concluding Observations: Belgium](#), 2004, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL).

Sebbene i principali reati di terrorismo nelle leggi nazionali di molti Stati membri dell'UE siano antecedenti la Direttiva, molti hanno termini simili all'articolo 3 della Direttiva (Belgio, Codice Penale di cui all'articolo 137; Paesi Bassi, articolo 83.a Codice Penale). Avvocati, giudici e pubblici ministeri consultati in sei Stati

membri considerati nella preparazione di questa guida (Italia, Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Germania, Francia), hanno espresso preoccupazione per l'ampiezza e la mancanza di certezza giuridica nelle definizioni nazionali del reato di terrorismo. Ciò è stato il caso anche negli Stati membri con definizioni più ristrette rispetto a quelle di cui all'articolo 3.

Alcuni Stati membri hanno definizioni di «reato terroristico» più ampie dell'articolo 3 e che potrebbero dover essere interpretate in modo restrittivo dai tribunali nazionali alla luce della Direttiva. Ad esempio, la definizione italiana (art.270 sexies del Codice Penale italiano) di «reato terroristico» è in linea con quella della Direttiva in quanto fornisce un elenco di reati che costituiscono un reato terroristico quando commessi con un obiettivo terroristico. L'intenzione richiesta, tuttavia, è un po' meno specifica di quella prevista dalla Direttiva e richiede solo l'intenzione di «seriamente disturbare l'ordine pubblico con intimidazioni o terrore». In Spagna, gli scopi terroristici specificati nell'articolo 573 del Codice Penale includono «disturbare gravemente la pace pubblica» e «instillare paura tra i cittadini», obiettivi suscettibili di interpretazioni molto ampie che non sono incluse nell'articolo 3.

La Germania, al contrario, non ha un reato specifico di terrorismo equivalente all'articolo 3, ma la disposizione sulla partecipazione ad attività di un gruppo terroristico di cui alla sezione 129a (2) StGB copre il contenuto della definizione di cui all'articolo 3 della Direttiva. Tuttavia, la sezione 129a (2) StGB richiede un maggiore livello di intenti, vale a dire intimidire seriamente una popolazione o costringere indebitamente un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dall'esecuzione di qualsiasi atto o a destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale.

Il Codice Penale italiano all'art. 270 sexies definisce gli scopi di ogni reato terroristico come previsto dal paragrafo 2 dell'art. 3 della Direttiva 2017/541: «intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale». A questi fini la legge italiana aggiunge, come clausola finale, «le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». Ciò costituisce una guida e un limite nell'attuazione della legislazione antiterrorismo da parte di giudici e pubblici ministeri italiani. I reati sostenuti da un diverso tipo di elemento intenzionale sono trattati come reati non terroristici. Ciò avviene anche quando l'intenzione di sostegno può essere considerata «politica». Tanti crimini politicamente motivati sono trattati come reati non terroristici, ma secondo regole e procedure ordinarie.

## 2. Direzione e partecipazione a un gruppo terroristico

### Direttiva UE 2017/541 Articolo 2.3 **Definizioni**

«gruppo terroristico»: un'associazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di terrorismo;  
«associazione strutturata»: un'associazione che non si è costituita casualmente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.

### Articolo 4 **Reati riconducibili a un gruppo terroristico**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i seguenti atti, se intenzionali, siano punibili come reato:

- (a) direzione di un gruppo terroristico,
- (b) partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, anche fornendogli informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose del gruppo terroristico.

### **Indicazioni**

**Nell'interpretare e applicare i reati di diritto nazionale di direzione o partecipazione a un gruppo terroristico, i giudici devono verificare se la designazione del gruppo interessato come terrorista sia chiaramente stabilita dalla legge secondo criteri definiti pubblicamente disponibili e attraverso**

**so procedure eque, sufficienti a garantire la prevedibilità di sanzioni penali per dirigere o partecipare al gruppo. Criticamente, nella valutazione della colpevolezza individuale, informazioni dovrebbero essere messe a disposizione dei giudici per consentire a loro di determinare se il gruppo è opportunamente designato come terrorista, così come il rapporto dell'individuo con il gruppo.**

**La giurisprudenza nazionale deve, per quanto possibile e coerentemente con gli obblighi giuridici internazionali e i principi della legalità, chiarire l'ambito di «gruppo terroristico» e «gruppo strutturato» come si applicano nel diritto nazionale, e il significato di «partecipazione» in un gruppo terroristico, al di là dell'elenco non esaustivo indicato nella Direttiva, al fine di garantire la certezza del diritto ed evitare un'applicazione eccessiva, arbitraria o discriminatoria del reato. In particolare, per rientrare nell'ambito del reato, la partecipazione deve essere volontaria e con la conoscenza effettiva che l'azione, con ragionevole probabilità, contribuirà effettivamente alla commissione di un reato terroristico principale.**

**Qualora l'intento necessario per costituire il reato non sia chiaramente definito nella legislazione, dovrebbe essere chiarito attraverso la giurisprudenza. L'intento dovrebbe essere limitato all'intento specifico di sostenere il gruppo nella commissione di atti di terrorismo o di noncuranza della consapevolezza che atti di terrorismo possono verosimilmente derivare direttamente da tale sostegno.**

**I contributi incidentali o involontari a un gruppo terroristico a sostegno diretto di comportamenti non terroristici, come cucinare pasti, fornire altri servizi o beni non direttamente collegati ad atti violenti o terroristici, e il semplice fatto di associazione con altri individui, non dovrebbero essere considerati di per sé come partecipazione senza l'intento soggettivo di contribuire a un crimine di terrorismo o di ignorare che tali atti possono verosimilmente derivare direttamente da tale sostegno.**

**Al fine di impedire l'applicazione del reato in modo che interferisca in modo sproporzionato con i diritti umani, il «contributo» dovrebbe essere interpretato in modo limitato agli apporti che hanno un effetto reale sulla commissione di un reato principale di terrorismo.**

**I pubblici ministeri, nell'avvio di indagini o azioni penali per direzione o partecipazione a un gruppo terroristico, devono considerare, sulla base delle circostanze del caso concreto, il potenziale di interferenza con la libertà di associazione, la libertà di assemblea, la libertà di espressione, il diritto alla privacy e al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di religione o di credo, il diritto alla partecipazione politica e il diritto alla libertà.**

**La fornitura di assistenza imparziale (compresa l'assistenza umanitaria), come cibo o forniture mediche, non deve, in assenza di un intento specifico di sostenere le attività terroristiche, essere interpretata come rientrante nell'ambito del reato di partecipazione a un gruppo terroristico (considerando 38 della Direttiva).**

## **Commento**

Il Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Prevenzione del Terrorismo (articolo 2.2) impone agli Stati parte di criminalizzare «la partecipazione a un'associazione o a un gruppo ai fini del terrorismo ... quando commessa illegalmente e intenzionalmente. Ai sensi dell'articolo 2.1, tale partecipazione criminale è limitata alle «attività di un'associazione o di un gruppo allo scopo di commettere o contribuire alla commissione di uno o più reati terroristici da parte dell'associazione o del gruppo». Il Protocollo stabilisce pertanto che ci deve essere intenzione di contribuire alla commissione di reati terroristici, piuttosto che solo per sostenere le attività più ampie del gruppo.

Le indagini o i procedimenti penali aventi ad oggetto reati ai sensi dell'articolo 4, e in particolare il reato di partecipazione a un gruppo terroristico verosimilmente coinvolgono il diritto alla libertà di associazione (articolo 11 CEDU, articolo 22 PIDCP, articolo 12 CDFUE) e, a seconda della natura della partecipazione in questione, possono anche impattare sui diritti alla libertà di espressione (articolo 11 CEDU articolo 21 PIDCP, articolo 12 CDFUE), e di assemblea, partecipazione politica, libertà di religione o di credenza (articolo 9 CEDU, articolo 18 PIDCP, articolo 10 CEDU). Qualsiasi interferenza con questi diritti, attraverso misure investigative o azioni penali, deve essere giustificata in conformità con la legge, necessaria e proporzionata a un obiettivo legittimo, e non discriminatoria.

La designazione di alcuni gruppi come «terroristi», ad esempio attraverso l'inclusione nelle liste terroristiche di per sé tocca la libertà di associazione, di assemblea e dei diritti associati. Come ha sottolineato il Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la Lotta al Terrorismo e ai Diritti Umani, è essenziale un'in-

dipendente supervisione giudiziale di tali misure che limitano la libertà di associazione e di assemblea. ([Report of the SR on the promotion and protection of HR and FF while countering terrorism](#), par. 29, 39). La conformità delle azioni penali relative alla direzione o partecipazione a un gruppo terroristico con i principi di certezza del diritto, necessità e proporzionalità dipende di per sé dalla qualità della legge e dalle garanzie, compresi i rimedi giudiziari, che disciplinano la designazione delle organizzazioni terroristiche ([Assessing Damage, Urging Action – Report on the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights](#), ICJ, 2009, pp.113-115; Per quanto riguarda le garanzie procedurali sull'inclusione sull'elenco, *Al-Dulimi v. Switzerland*, EctHR, Application No. 5809/08, Judgment of 21 June 2016).

Se interpretati in modo ampio, i reati di cui all'articolo 4 possono avere un impatto dannoso sulle attività legittime della società civile, comprese le attività volte a proteggere i diritti umani attraverso la fornitura di assistenza umanitaria. Come ha sottolineato il Relatore Speciale delle Nazioni Unite per l'antiterrorismo e i diritti umani nella sua [2019 Annual report](#) (UN Doc. A/HRC/40/52, para. 22, 43-44): «Qualificare una vasta gamma di atti come illecito «sostegno al terrorismo»(...) ha, come risultato, persecuzione, arresto e sottoposizione a processo penale di operatori umanitari, di diritti umani e di altri attori della società civile. ... disposizioni di sostegno materiale possono anche influenzare il lavoro della società civile coinvolta nel sostegno, tra l'altro, della ricerca di fatti e nella raccolta di prove ai fini dell'azione penale, nella promozione del diritto allo sviluppo o nella fornitura di assistenza ai migranti.»

Il Relatore Speciale ha inoltre avvertito, nel contesto del Belgio, dell'impatto sul diritto alla vita familiare di un'interpretazione troppo ampia dei reati di sostegno alle organizzazioni terroristiche ([Report on visit to Belgium](#), para.18). Ha osservato che «la condotta criminalizzata come reato terroristico deve essere limitata ad attività con un vero e proprio legame con il funzionamento di gruppi terroristici. (...) Interpretare il sostegno alle organizzazioni terroristiche in modo troppo ampio può comportare effettivamente la criminalizzazione delle relazioni familiari e di altre relazioni personali.» Il Relatore Speciale ha inoltre sottolineato che «il sostegno legato alla garanzia che una persona goda di «livelli minimi essenziali» di diritti economici e sociali, compresi i diritti al cibo, alla salute e all'alloggio, non dovrebbe essere criminalizzato come sostegno al terrorismo».

Le leggi nazionali degli Stati membri sulla partecipazione a un gruppo terroristico hanno in alcuni casi suscitato particolare preoccupazione a causa della loro ampia portata (Belgio), mentre in altri vi è incertezza su come la definizione del reato si applichi al terrorismo internazionale (Spagna). In Belgio, il reato di partecipazione alle attività di un gruppo terroristico ai sensi dell'articolo 140 del Codice Penale è ampiamente definito. Il reato richiede la consapevolezza del fatto che la partecipazione potrebbe contribuire alle attività criminali di un'organizzazione terroristica piuttosto che a un intento specifico, e ha un'applicazione particolarmente ampia perché si applica anche quando la persona «avrebbe dovuto conoscere» la natura del gruppo. Tuttavia, è degno di nota il fatto che l'articolo 139 del Codice esclude esplicitamente dalla definizione di gruppo terroristico qualsiasi «organizzazione il cui vero scopo è esclusivamente di natura politica, sindacale o filantropica, filosofica o religiosa, o che persegue esclusivamente qualsiasi altro obiettivo legittimo».

In Italia, la portata del reato di partecipazione a un'organizzazione terroristica, ai sensi dell'articolo 270 bis del Codice Penale, è stata perfezionata attraverso l'interpretazione giudiziaria. Ad esempio, la giurisprudenza italiana richiede una «integrazione efficace» della persona nell'associazione, il che significa che la persona dovrebbe effettivamente partecipare alle attività dell'associazione. La partecipazione non può essere intesa come la semplice acquisizione di uno status, né può essere dedotta dall'adesione a un programma criminale o da aspirazioni comuni con gli associati. Nella giurisprudenza italiana è stato inoltre chiarito che il «contributo» al gruppo terroristico deve essere «un efficace contributo causale all'esistenza, alla sopravvivenza o al funzionamento dell'associazione».

### 3. Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo

Direttiva UE 2017/541

#### Articolo 5 **Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuta intenzionalmente, la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio, con qualsiasi mezzo, sia online che offline, con l'intento di istigare alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), se tale comportamento, direttamente o indirettamente, ad esempio mediante l'apologia di atti terroristici, promuova il compimento di reati di terrorismo, creando in tal modo il pericolo che uno o più di tali reati possano essere commessi.

#### Indicazioni

**I giudici e i pubblici ministeri, nei casi relativi a reati di provocazione o reati analoghi di istigazione indiretta, devono valutare se, e in tal caso, in che misura l'azione investigativa, l'azione penale o la condanna influenzino la libertà di espressione e in che misura il «messaggio» o l'espressione impugnata corrisponda a un'espressione di opinione politica, un impegno nei confronti del dibattito [democratico], un'espressione artistica o libertà dei media dove un maggiore grado di protezione può essere richiesta.**

**I giudici devono respingere le vaghe definizioni di provocazione e reati associati. Le azioni penali sono ammissibili per reati di espressione chiaramente definiti che istigano alla violenza e hanno lo scopo di provocare, e di fatto, creare un pericolo di tali atti. La colpevolezza dell'individuo e l'applicazione del diritto penale dovrebbero essere chiare e prevedibili nelle circostanze del caso particolare.**

**I giudici e i pubblici ministeri devono valutare se l'applicazione del diritto penale nel caso dinanzi a loro serva chiaramente un interesse pubblico, come la protezione della sicurezza nazionale, e, in caso di ciò, se può essere giustificata come necessaria e proporzionata nelle circostanze particolari di questo caso. Dovrebbero inoltre valutare se vi sia stata discriminazione diretta o indiretta nell'applicazione di misure di indagine, la decisione di perseguire o nella valutazione delle prove nel caso.**

#### Commento:

Libertà di espressione (articolo 10 CEDU, articolo 19 PIDCP, articolo 11 CDFUE), anche per quanto riguarda le espressioni di opinioni che offendono e disturbano:

[Libertà di espressione] abbraccia la libertà di esprimere idee e opinioni che offendono, scioccano o disturbano... Tali sono le esigenze di ... pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza la quale non esiste una «società democratica» (" (*Handyside v. the United Kingdom*, ECtHR, Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, par. 49).

Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, nel definire la natura e la portata della libertà di espressione ai sensi del PIDCP nel suo General Comment 34, ha sottolineato che «reati come «istigazione al terrorismo» e «attività estremista» nonché i reati di «lodare», «glorificare» o «giustificare» il terrorismo devono essere chiaramente definiti per garantire che ciò non conduca a interferenze inutili o sproporzionate con la libertà di espressione».

Il test di base per le restrizioni ammissibili alla libertà di espressione, come stabilito sopra e ribadito nel contesto dell'antiterrorismo dalla CEDU, da più Relatori Speciali delle Nazioni Unite e dal Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (UNHRC), richiede una chiara definizione in diritto, necessità e proporzionalità, poiché le restrizioni devono essere «lo strumento meno invasivo tra quelli che potrebbero assolvere la loro funzione protettiva e essere proporzionate all'interesse da proteggere» (UN HRC, [General Comment No. 27](#), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999, par. 14). I Relatori Speciali hanno osservato che la stretta adesione al test di cui sopra è più cruciale quando gli Stati decidono di criminalizzare alcune forme di espressione ([Special Rapporteur on the right to privacy and the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism](#), p. 4). Se la libertà di espressione di tutti deve essere tutelata, è dovuta particolare cautela data l'impatto della criminalizzazione dell'espressione sul discorso politico, l'espressione artistica (dal momento che la libertà di espressione «protegge non solo la sostanza delle idee e delle informazioni espresse, ma anche la forma in cui sono trasmesse») (*De Haes e Gijssels v Belgio*, ECtHR Judgment, Application No. 19983/92,

Judgment of 24 February 1997 par. 48; *Alinak v Turkey*, ECtHR, Application No. 40287/98, Judgment of 29 March 2005, par. 42), *human rights defence* (UN Declaration on HRDS), and the 'crucial role' of the media 'in informing the public about acts of terrorism' (UN HRC, *General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression*, UN Doc. CCPR/C/GC/34, par. 46).

Si dovrebbe anche tenere conto dell'impatto delle indagini sulla chiusura dei siti web e sulla comunicazione; in un certo numero di Stati qualsiasi sito web ritenuto responsabile di promuovere le scuse o provocare il terrorismo è ora chiuso, in alcuni casi senza un ordine del giudice. In Francia, l'Ufficio Centrale per la Lotta contro i Crimini di Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (un organismo di polizia) può ordinare il blocco di un sito web senza passare attraverso un giudice (Codice Penale francese: articolo 421-2-5; Codice di Procedura Penale: da articolo 706-23 a 706-25-2; Blocco amministrativo dei siti che sostengono il terrorismo Decreto no. 2015-125 del 5 febbraio 2015).

Anche vari reati oggetto della Direttiva (compresa l'addestramento e l'indottrinamento) toccano la libertà di espressione, ma le disposizioni sulla «provocazione» (articolo 5) e sulla «istigazione» ad altri reati oggetto della Direttiva (articolo 15) rappresentano la sfida maggiore penalizzando direttamente l'espressione.

Il diritto internazionale sui diritti umani chiarisce che l'espressione può essere oggetto di prevenzione e sanzione laddove equivale a istigazione alla discriminazione o alla violenza (articolo 20 PIDCP, articolo 4 ICERD) e deve essere perseguita in caso di istigazione alla violenza. La giurisprudenza riflette tuttavia la necessità di distinguere chiaramente tra tale incitamento alla violenza ((*Belek and Velioglu v. Turkey*, ECtHR, Application No. 44227/04, Judgment of 6 October 2015, par. 24-27), e commenti e critiche «ostili», «negative» o «aspre» *Falakaoglu et Saygili v. Turkey*, ECtHR, Application No. 11461/03, Judgment of 19 December 2006, par. 35). La Corte Europea ha osservato, ad esempio, che le espressioni di simpatia generale e di sostegno a una causa o a un leader di una «organizzazione terroristica» difficilmente giustificherebbero un procedimento penale mentre «un messaggio di intransigenza sugli obiettivi di un'organizzazione proibita non può essere confuso con l'istigazione alla violenza o all'odio» (*Surek and Ozdemir v. Turkey*, ECtHR, Application No. 23927/94 & 24377/94, Judgment of 8 July 1999, para. 61).

Le norme internazionali chiariscono ora che i crimini di giustificazione, di incoraggiamento o di apologia del terrorismo, che possono non contribuire a futuri atti criminali, ma pretendono di giustificare atti precedenti o semplicemente consistono in espressioni di opinione, sono molto difficili da conciliare con i requisiti di necessità e proporzionalità ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani. (Relazione del Segretario Generale delle Nazioni Unite sui diritti umani e il terrorismo, 2008, para 61; *A joint opinion of UN experts on the freedom of expression*; UN HRC, Concluding Observations Human Rights Committee: United Kingdom, UN Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, 2008; UN HRC, *Concluding Observations Human Rights Committee, Russian Federation*, UN Doc. CCPR/C/RUS/CO/6, 2009, para. 3; *The State v Cassandra Vera*, Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal), 26 February 2018; *Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, ECtHR, Application No. 51168/15 & 51186/15, Judgment of 13 March 2018; Sylvia Ayuso, 'Strasbourg: Burning photos of Spanish king is "freedom of expression"', in *El País*, 13 March 2018; Amnesty International, 'Spain: Counter-terror law used to crush satire and creative expression online', 13 March 2018; Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Misuse of anti-terror legislation threatens freedom of expression*, 4 December 2018.).

Pertanto, per quanto i crimini di «provocazione pubblica» costituiscono l'istigazione alla violenza futura, essi possono essere legittimamente perseguiti in modo coerente con il diritto dei diritti umani, anche se sarà necessario un legame diretto tra l'espressione e qualsiasi violenza che ne consegue (Un passaggio scritto in una pubblicazione oscura è meno probabile che soddisfi questo test che un discorso a una folla irritata in una dimostrazione pubblica.) Una serie di fattori diversi può essere pertinente a valutare se circostanze eccezionali giustifichino la criminalizzazione dell'espressione. La giurisprudenza e gli strumenti, tra cui il piano d'azione Rabat, indicano alcuni di questi fattori rilevanti ai fini della valutazione giudiziaria, tra cui «contesto, posizione dell'oratore, intento, contenuto e forma, portata del discorso e la probabilità, compresa l'imminenza, di danni che possono verificarsi a seguito del discorso». (Il cosiddetto «*Rabat Plan of Action*» può fornire indicazioni utili (non vincolanti) su ciò che costituisce l'istigazione. Vedi: Appendix in UN High Commissioner for Human Rights, *Report to the Human Rights Council (UN HRC, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4, 2013; Helen Duffy and Kate Pitcher, "Inciting Terrorism? Crimes of Expression and the Limits of the Law", 2018).

I giudici devono garantire che il diritto penale non persegua espressioni di opinione che non hanno alcun effetto (o un effetto trascurabile) o che non hanno alcuna intenzione di contribuire alla violenza terrori-

stica. La Direttiva rende esplicito l'obbligo che la provocazione debba almeno causare un «pericolo». Ciò è particolarmente importante in quanto la Direttiva riguarda i reati preparatori/non principali (appartenenza a un gruppo terroristico, viaggi, finanziamenti, provocazioni, agevolazione dei viaggi) che non richiedono la commissione di un reato principale (articolo 13). Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani nella sua esposizione delle migliori pratiche ha anche osservato che per i crimini di espressione, la condotta (discorso) dovrebbe aumentare la probabilità che un atto terroristico venga commesso, e ci dovrebbe essere un intento personale e specifico di incitare un futuro reato terroristico (anche se questo può essere dedotto dalle circostanze) (Report of the [Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism](#), p. 29. Vedi anche l'esempio dell'articolo 5, Convenzione COE).

Una serie di leggi nazionali sollevano dubbi su questi elementi oggettivi (di pericolo) e elementi soggettivi (intenzionati a contribuire ad un atto terroristico). Il 15 marzo 2018 la Corte Costituzionale belga ha annullato disposizioni belghe di vasta portata sull'istigazione «indiretta» (Loi 3 Aout 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), MB 11 Aout 2016, 50973), che aveva soppresso l'obbligo di creare «un grave rischio» di reati terroristici, sulla base del fatto che la cancellazione non era conforme al principio di legalità, «non era necessaria in una società democratica» o «rispettosa del principio di proporzionalità». ('Extrait de l'Arrêt No.31/2018 - En cause : Le recours en annulation de la loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), introduit par l'ASBL - Ligue des Droits de l'Homme', Caso n.2018/201412 Corte Costituzionale belga, 15 marzo 2018; vedi anche per quanto riguarda la salvaguardia della libertà di espressione su internet Decisione n.20202-801-DC - 'Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet', Corte costituzionale francese, 18 giugno 2020).

Il reato francese di «consultazione abituale» di siti web che mettono a disposizione messaggi, immagini o presentazioni che provocano direttamente la commissione di atti di terrorismo (art. 421-2-2 Codice Penale) è stato dichiarato incostituzionale dal Consiglio Costituzionale francese per la mancanza di intenzione in relazione all'impegno terroristico (decisione 2016-611). Il Consiglio Costituzionale ha ritenuto che il reato «ha messo a repentaglio la libertà di comunicazione in modo non necessario, appropriato e proporzionato» (n. 16).

La Corte Suprema italiana afferma chiaramente che «l'istigazione a commettere un reato, previsto dall'art. Codice Penale, è un reato di «pericolo concreto e specifico» e non presunto pericolo e di conseguenza richiede per la sua configurazione un comportamento che è considerato specificamente idoneo, sulla base di una valutazione «ex ante», a causare la commissione dei reati» (Corte di Cassazione Sez. V, 09/12/2019 n. 48247, PM vs De Salvatore).

Alla luce delle preoccupazioni espresse in passato dalle autorità internazionali per i diritti umani, come il Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite in passato, tali reati sono difficili da conciliare con il diritto internazionale in materia di diritti umani e dovrebbero essere chiariti e interpretati in modo restrittivo. Un certo numero di Stati ha stabilito essere reati basati su concetti problematici come la glorificazione e l'incoraggiamento. Ad esempio, la legge tedesca, nella Sezione 91 StGB include quello di «*incoraggiare la commissione di un grave reato violento che metta in pericolo lo stato*». La diffusione (ad esempio, la Sezione 131 StGB copre la «disseminazione di raffigurazioni di violenza» (...)) «in un modo che esprime la glorificazione» come forme indirette di istigazione al terrorismo). Vi sono anche leggi problematiche sulla «istigazione indiretta» (come in Spagna, l'articolo 578 del Codice Penale), che riflettono il riferimento del considerando 10 alla «glorificazione e giustificazione» del terrorismo, ma questa rimane una minoranza degli Stati dell'UE. La giurisprudenza da parte dei tribunali nazionali e internazionali e delle autorità quasi giudiziarie di tali disposizioni ha, in alcuni casi, ha provocato la riforma (Vedi Pierrick Gardien, 'Loi Avia: Ce qu'a censuré le Conseil Constitutionnel' (Sisyphes Avocats, 18 giugno 2020), Aureline Breeden 'French Court Strikes Down Most of Online Hate Speech Law' (New York Times, 18 giugno 2020)).

La Corte Suprema di Spagna ha ristretto la portata dell'applicazione della legge sulla provocazione (Tribunale Supremo (Sala de lo Civil), 2 giugno 2017, Roj: [STS 2251/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2251](#), Anche vedi (Laura Gómez Abeja, "'Passive Indoctrination' as a Terrorist Offense in Spain - A Regression from Constitutional Rights?", 2018). Esperti indipendenti delle Nazioni Unite e altri hanno espresso preoccupazione per le leggi troppo severe invocate per perseguire blogger, artisti e rapper per i commenti fatti in relazione al «terrorismo storico» (vedi UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 'Two Legal Reforms Projects Undermine The Right to Assembly and Expression in Spain' UN experts say', 23 February 2015; Amnesty International, 'Tweet ... if you dare - How Counter-Terrorism Law restrict freedom of expression in Spain', March 2018; Amnesty International, 'Spain: Counter-terror law used to crush satire and creative expression online', 13 marzo 2018.), ed è al centro di una disputa sull'estradizione in corso tra Belgio e Spagna (caso Valtonyc - Un tribunale belga ha rifiutato di eseguire un Mandato d'Arresto Eu-ropo per un rapper accusato di aver insultato la famiglia reale spagnola e altri reati).

## 4. Reclutamento a fini terroristici

Direttiva EU 2017/541  
Articolo 6 **Reclutamento a fini terroristici**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di sollecitare un'altra persona a commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i), o all'articolo 4.

### Indicazioni

**Nell'applicare il reato di reclutamento a fini terroristici, i giudici devono condurre un esame attento per garantire che ampie definizioni di atto terroristico, e di partecipazione, da cui dipende il reato di reclutamento per terrorismo, non portino a un'applicazione imprevedibile e arbitraria del reato nel singolo caso dinanzi a loro. Nell'applicazione dei reati di cui all'articolo 6, il significato dei reati di cui all'articolo 3(1) e all'articolo 4 deve essere interpretato conformemente ai principi descritti di cui ai punti II.5 e 6 sopra.**

**I giudici e i pubblici ministeri devono cercare di garantire che le misure investigative, nonché l'azione penale e la condanna per il reato di reclutamento per terrorismo, non si intromettano inutilmente o in modo sproporzionato in attività politiche, religiose o sociali legittime, esercitate in conformità con i diritti alla libertà di associazione, di assemblea, di privacy, di vita privata, di diritto alla partecipazione politica o di espressione. Devono inoltre valutare se l'applicazione del reato in un caso particolare possa discriminare direttamente o indirettamente, anche per qualsiasi motivo, compresi quelli di razza, colore, orientamento sessuale o identità di genere, età, sesso, religione, opinione politica o di altro tipo, lingua, cittadinanza, nazionalità o stato di migrazione, origine nazionale, sociale o etnica, discendenza, stato di salute, disabilità, proprietà, stato socio-economico, nascita o altro status o l'intersezione di essi.**

**In particolare, il reato di sollecitare una persona a partecipare alle attività di un gruppo terroristico deve essere interpretato nell'accezione che sono necessari la conoscenza del fatto che il gruppo è in grado di compiere reati terroristici, e l'intento, non solo di sollecitare qualcuno a fornire, ad esempio, beni o servizi, ma anche di contribuire così alle attività terroristiche del gruppo.**

### Commento

La criminalizzazione del reclutamento per terrorismo è sostenuta dalla Convenzione sulla Prevenzione del Terrorismo del Consiglio dell'Europa e dalle successive risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (2178; 2396). L'articolo 6.2 della Convenzione del Consiglio dell'Europa impone agli Stati parte di criminalizzare il reclutamento a fini terroristici «quando è commesso illegalmente e intenzionalmente». Il reclutamento è definito nell'articolo 6.1 come «chiedere a un'altra persona di commettere o partecipare alla commissione di un reato terroristico, o di aderire a un'associazione o a un gruppo, allo scopo di contribuire alla commissione di uno o più reati terroristici da parte dell'associazione o del gruppo».

La Risoluzione 2178 del Consiglio di Sicurezza prevede che «tutti gli Stati provvedano a che le loro leggi e regolamenti nazionali stabiliscano gravi reati penali sufficienti a fornire la capacità di perseguire e penalizzare in modo che riflettano debitamente la gravità del reato: .... c) l'organizzazione intenzionale, o altre facilitazioni, compresi gli atti di reclutamento, da parte dei loro cittadini o nei loro territori, del viaggio di individui che si rechino in uno Stato diverso dai loro Stati di residenza o di nazionalità ai fini della perpetrazione, pianificazione o preparazione di, o partecipazione a, atti terroristici o la fornitura o la ricezione di addestramento terroristica».

I diritti alla libertà di associazione (articolo 11 CEDU, articolo 22 PIDCP, articolo 12 CDFUE), espressione (articolo 10 CEDU, articolo 19 PIDCP, articolo 11 CDFUE), libertà di assemblea, diritti alla privacy e rispetto della vita privata (articolo 8 CEDU, articolo 17 ICCPR, articolo 7 CDFUE), libertà di religione o di credenza (articolo 9 CEDU, articolo 18 ICCPR, articolo 10 CDFUE), diritto alla partecipazione politica (articolo 25 ICCPR) e diritto alla libertà (articolo 5 CEDU, articolo 9 PIDCP, articolo 6 CDFUE) sono toccati da azioni penali per reati di reclutamento a fini terroristici, richiedendo che qualsiasi interferenza con tali diritti sia adeguatamente prescritta dalla legge, persegua un obiettivo legittimo, sia necessaria e proporzionata a tale obiettivo e non discriminatoria.

Le leggi nazionali sul reclutamento a fini terroristici spesso precedono la Direttiva e variano di portata, talvolta includendo una descrizione più specifica del reato rispetto all'articolo 6 della Direttiva. In Italia, ad esempio, il reato di reclutamento a fini terroristici è stato introdotto nel 2005, a causa delle difficoltà nella raccolta di prove sufficienti per perseguire casi sospetti di reclutamento nell'ambito del reato esistente di atti preparatori al terrorismo, suggerendo una portata potenzialmente più ampia rispetto ad altri reati preparatori. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 270 del Codice Penale, il reclutamento deve mirare a perseguire un atto di violenza o sabotaggio in vista del terrorismo. Sta al giudice nel caso di determinare se l'organizzazione in questione ha uno scopo terroristico

Il Codice Penale tedesco vieta il reclutamento di membri e sostenitori di gruppi terroristici (sottosezioni di cui all'articolo 129a (5) S.2). L'intento è richiesto nell'ambito dell'infrazione (M'Ko-StGB/Sch'fer 80-185j, 3a edizione 2017, 129a Rn. 60; 129 Rn. 24.). Il reclutamento è ulteriormente coperto dalla disposizione generale sulla cospirazione (articolo 30(1)) che stabilisce che una «persona che tenta di indurre un altro a commettere un reato o rendersi complice di un altro per commettere un reato è responsabile».

In Belgio, la legislazione è in un aspetto più ampia dell'articolo 6 della Direttiva: l'articolo 140ter del Codice Penale criminalizza l'atto di reclutare una terza persona per commettere un reato terroristico, ma non richiede esplicitamente che il reclutamento sia commesso intenzionalmente.

Nei Paesi Bassi, il reclutamento per conflitti armati è punibile con l'articolo 205 del Codice Penale. L'intento - anche in forma condizionale (voorwaardelijk opzet) - è richiesto come parte del reato.

## 5. Fornitura e ricezione di addestramento a fini terroristici

Direttiva UE 2017/541

### Articolo 7 **Fornitura di addestramento a fini terroristici**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di impartire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), nella consapevolezza che le competenze trasmesse sono destinate ad essere utilizzate a tale scopo.

### Article 8 **Ricezione di addestramento a fini terroristici**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di ricevere istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i).

### **Indicazioni**

**Nel giudicare i reati di fornire e ricevere addestramento a fini terroristici, i giudici devono garantire che i reati siano applicati in modo coerente e prevedibile ed evitano interferenze inutili o sproporzionate con i diritti e le libertà fondamentali, tra cui la libertà di espressione, la libertà di associazione e il diritto al rispetto della vita privata. La giurisprudenza nazionale deve in particolare cercare di chiarire la portata dei reati per quanto riguarda il tipo di addestramento soggetto a sanzioni penali, al di là dell'elenco non esaustivo indicato nella Direttiva, al fine di garantire la certezza del diritto ed evitare un'applicazione eccessiva, arbitraria o discriminatoria del reato.**

**Qualora l'intento necessario per configurare il reato non sia chiaramente definito nella legislazione, deve essere chiarito attraverso la giurisprudenza. L'intento deve essere limitato alle circostanze dove vi è un intento specifico di fornire o ricevere un addestramento che contribuirà alla commissione di un atto di terrorismo o quanto meno alla volontaria noncuranza della consapevolezza vi contribuiranno.**

**I giudici e i pubblici ministeri devono interpretare i reati in modo restrittivo e garantire che l'applicazione dei reati antiterrorismo di ricevere o fornire addestramento non sia applicata in modo discriminatorio ed essere attenti a parzialità consapevoli o inconsapevoli in tutte le fasi delle indagini, dell'azione penale e del processo.**

**Nell'avviare indagini o azioni penali per i reati di cui agli articoli 7 e 8 i pubblici ministeri dovrebbero considerare, sulla base dei fatti del caso, la possibilità che l'azione penale o le misure investigative violino il diritto all'istruzione, la libertà di espressione, compresa quella su internet, la libertà di associazione il diritto al rispetto della vita privata e familiare o altri diritti tutelati nel diritto dell'UE e internazionale.**

### Commento

Come chiariscono gli articoli 7 e 8 della Direttiva, «l'addestramento a fini terroristici» o la «ricezione di addestramento» riguardano coloro che forniscono o ricevono istruzioni per lo scopo particolare di svolgere o contribuire alla commissione di un reato terroristico. I giudici devono guardarsi dall'arbitrarietà o dalla discriminazione nella prassi, dato che il reato si basa largamente sull'elemento soggettivo dell'«intento terroristico». Poiché il reato non si riferisce di per sé ad alcun atto terroristico particolare, o anche a un tentativo o a qualsiasi procedura preparatoria per promuovere tale atto, la condotta può essere eccessivamente remota, o l'illecito troppo minimo, per giustificare l'intervento del diritto penale in contrasto con altre risposte. Non deve essere applicato ad esempio all'accesso inavvertito a siti web.

I giudici devono garantire che sia dato effetto al considerando 11 della Direttiva UE che afferma che «(...) La semplice visita di siti web o la raccolta di materiali per scopi legittimi, quali scopi accademici o di ricerca, non è considerata un addestramento a fini terroristici ai sensi della presente Direttiva.»

I reati di cui agli articoli 7 e 8 sollevano questioni di libertà di associazione e di libertà di ricevere informazioni, e le interferenze devono essere attentamente giustificate in tutte le circostanze del caso, sulla base della condotta e dell'intento dell'individuo.

La portata di questi reati varia in modo significativo tra le diverse leggi nazionali degli Stati membri dell'UE e ha sollevato una serie di sfide in materia di diritti umani.

- In Italia, per quanto riguarda la portata dell'articolo 270 *quinquies* (addestramento a fini terroristici), nel luglio 2011 una sentenza della Corte di Cassazione ha chiarito che l'addestramento non si limita a fornire e ricevere informazioni. Il reato richiede un programma di **istruzione continuo e sistematico**, compresa una valutazione dei risultati da parte del formatore. Tuttavia, il programma di addestramento deve solamente essere «appropriato» alla realizzazione di attività terroristiche, e il nesso causale con il principale reato terroristico rimane debole.
- In Germania, a seguito delle **ampie categorie** della sezione 89a StGB (Codice Penale tedesco), esiste la preoccupazione che una **serie di atti neutri dal punto di vista formale possano essere penalizzati**, come l'addestramento al volo o l'acquisto di un telefono cellulare. Tali leggi potrebbero in linea di principio consentire la punizione per l'acquisizione di qualsiasi abilità dove vi sia un intento criminale. Tuttavia, la massima corte federale (BGH 3 StR 243/13) considera, conformemente alla Costituzione, decisiva un'interpretazione restrittiva dell'elemento soggettivo del reato, secondo la quale l'autore del reato deve già essere fermamente determinato nell'esecuzione degli atti preparatori per la commissione del grave reato violento che mette in pericolo lo Stato, come regolato nella sezione 89a (2) del Codice Penale.
- Nei Paesi Bassi, l'addestramento a fini terroristici è punibile con l'articolo 134a del Codice Penale e l'intento dell'imputato è richiesto nell'ambito del reato. L'intento deve essere finalizzato a «utilizzare le conoscenze o le competenze acquisite per commettere un reato terroristico o un reato in preparazione o per facilitarlo» (Documenti parlamentari II 2007/08, 31386, 3, p. 9). L'intento è richiesto per tutte le componenti successive, compreso l'obiettivo della formazione seguita dai partecipanti (Documenti parlamentari II 2008/09, 31386, 8, p. 6; Documenti parlamentari II 2008/09, 31386, 12, p. 4). Il legislatore fa una distinzione tra l'intento della persona che segue l'addestramento e la persona che fornisce l'addestramento. L'intento condizionale (*voorwaardelijk opzet*) è sufficiente per quest'ultimo (Proceedings II 20 gennaio 2009, 43, p. 3795). Per il primo, non deve necessariamente essere un intento terroristico come indicato nell'Art. 83a del Codice Penale. Tuttavia, la persona che riceve l'addestramento deve avere «l'intento» o lo «scopo maligno» di acquisire tale conoscenza o abilità allo scopo di commettere un reato terroristico o un crimine in preparazione a o facilitazione di un reato terroristico (Documenti parlamentari II 2008 / 09, 31386, 8, p. 8; Documenti parlamentari II 2008/09, 31386, 12, p. 3, 4). Ciò indica come requisito un intento più pesante rispetto all'intento condizionale.
- Alcuni paesi, tra cui i Paesi Bassi e la Spagna, hanno incluso l'«**auto-addestramento**» nell'ambito del reato. Come condiviso da uno degli esperti durante la tavola rotonda della ICJ, in Spagna l'auto-addestramento per poter commettere reati terroristici è criminalizzato e questo reato comprende due presunzioni di colpevolezza: **visitare regolarmente alcuni siti web** e **possedere documenti** che potrebbero incoraggiare attività terroristiche. L'intenzione è richiesta per questo reato, ma la sua portata non è chiarita nel testo (articolo 575 n. 1-2 Codice Penale spagnolo).

- Alcune giurisdizioni, tra cui la Francia, **non prevedono specificamente i requisiti di intenzionalità** nella legislazione (articolo 421-2-1 Codice Penale francese (code pénal)). La mancanza di chiarezza e precisione della disposizione lascia ai giudici la ricerca dell'elemento intenzionale e il compito di tentare di concretizzarlo.

## 6. Viaggi a fini terroristici

Direttiva UE 2017/541  
Articolo 9 **Viaggi a fini terroristici**

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di recarsi in un paese diverso da tale Stato membro, al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3, o di partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo di cui all'articolo 4, o di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici di cui agli articoli 7 e 8.
2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuta intenzionalmente, una delle condotte seguenti:
  - a) l'atto di recarsi in tale Stato membro al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3, o di partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo di cui all'articolo 4, o di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici di cui agli articoli 7 e 8; o
  - b) gli atti preparatori intrapresi da una persona che entri in tale Stato membro con l'intento di commettere o di contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3.

### Indicazioni

**Nell'applicare i reati di viaggio a fini terroristici, i giudici e i pubblici ministeri devono cercare di garantire che i reati siano applicati in modo coerente e prevedibile e devono garantire che l'indagine, l'azione penale o la condanna non portino, nelle circostanze particolari di ciascun caso, a interferenze inutili, sproporzionate o discriminatorie nei diritti di libertà di circolazione, di associazione, di assemblea o di espressione, o nei diritti alla privacy e alla vita privata e familiare o nei diritti economici, sociali e culturali.**

**Nel caso di persone che si recano in Stati diversi dallo Stato membro, i giudici e i pubblici ministeri dovrebbero applicare gli stessi principi all'interferenza con il diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio (articolo 12 PIDCP e articolo 2 Protocollo 4 CEDU).**

**Nel caso di cittadini degli Stati membri, residenti permanenti, rifugiati o altri con forti legami con il paese che rientrano in tale paese, i giudici e i pubblici ministeri dovrebbero cercare di garantire che, qualora l'applicazione di sanzioni penali costituisca di fatto la revoca al diritto di tornare nel proprio paese (articolo 3.2, protocollo 4 CEDU, articolo 12.4 PIDCP) ciò sia ragionevole e giustificato (GC 27), par.21).**

**I giudici e i pubblici ministeri devono inoltre considerare il rischio che tale indagine, azione penale o condanna per il reato di viaggio a fini terroristici possa discriminare, direttamente o indirettamente, minoranze religiose o altre minoranze che svolgano attività legittime, in particolare per i migranti e per le comunità di immigrati con stretti legami familiari e di altro tipo con paesi che sono toccati dal terrorismo o che hanno regioni controllate da gruppi terroristici.**

**I giudici devono interpretare e applicare il reato di viaggio a fini terroristici in modo che il viaggio rientri solo nella definizione del reato qualora abbia un sufficiente collegamento diretto al reato principale di terrorismo ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva, con un rischio reale e prevedibile che si verifichi un tale atto di terrorismo.**

**I giudici devono interpretare i requisiti del diritto nazionale di intento di viaggio a fini terroristici così da richiedere non solo l'intento di viaggiare, ma anche un intento chiaramente dimostrato di farlo allo scopo di contribuire a o effettivamente commettere il reato principale. L'intenzione di recarsi in un determinato paese o regione non è di per sé sufficiente a configurare il reato, né di per sé a dare luogo alla presunzione che sia presente un intento specifico del terrorismo.**

**L'imputato non deve in nessun caso sostenere l'onere della prova per stabilire che il viaggio è per uno scopo legittimo.**

**I viaggi a fini umanitari, compreso il sostegno ai diritti di cibo, salute, servizi igienico-sanitari o alloggio, non devono essere interpretati come nell'ambito del reato, in linea con il considerando 38 della Direttiva, e con gli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale umanitario e degli obblighi di protezione e di adempimento dei diritti economici, sociali e culturali (ICESCR).**

**I viaggi ai fini di partecipazione a un conflitto disciplinato dal diritto umanitario internazionale, senza prove di specifica intenzione di partecipare ad atti di terrorismo, non devono essere interpretati come nell'ambito del reato, conformemente al considerando 37 della Direttiva, indipendentemente dal fatto che possa essere un reato in altre disposizioni del diritto interno.**

### Commento

Il considerando 12 della Direttiva sottolinea la necessità, in particolare per quanto riguarda la situazione al momento dell'entrata in vigore della Direttiva, di criminalizzare i viaggi a fini terroristici sia da e verso gli Stati membri dell'UE, ma riconosce che ciò non deve essere fatto penalizzando specificamente l'atto di viaggio:

«Considerata la gravità della minaccia e la necessità, in particolare, di arginare il flusso di combattenti terroristi stranieri, è necessario qualificare come reato i viaggi all'estero a fini terroristici, segnatamente non solo la commissione di reati di terrorismo o l'impartire o il ricevere addestramento, ma anche la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico. Non è indispensabile qualificare come reato l'atto di viaggiare in quanto tale. Il fatto di recarsi nel territorio dell'Unione a fini terroristici presenta inoltre una crescente minaccia per la sicurezza. Gli Stati membri possono anche decidere di affrontare le minacce terroristiche derivanti dai viaggi intrapresi a fini terroristici verso lo Stato membro interessato qualificando come reato gli atti preparatori, che potrebbero includere la pianificazione o la cospirazione nell'ottica di commettere o di contribuire a commettere reati di terrorismo. È opportuno qualificare come reato anche l'atto connesso all'agevolazione di tali viaggi».

Il considerando 38 riconosce inoltre che la Direttiva non si applica agli aiuti umanitari, che sono particolarmente rilevanti per i reati di cui all'articolo 9: «Le attività umanitarie svolte da organizzazioni umanitarie imparziali riconosciute dal diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario, non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Direttiva, sebbene debba essere presa in considerazione la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.»

Il considerando 37 prevede che: «La presente direttiva non dovrebbe comportare alcuna modifica dei diritti, degli obblighi e delle responsabilità degli Stati membri derivanti dal diritto internazionale, compresi quelli derivanti dal diritto internazionale umanitario. La presente direttiva non disciplina le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, come definite dal diritto internazionale umanitario e da esso disciplinate, né le attività delle forze militari di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, che sono disciplinate da altre norme del diritto internazionale.»

Il reato di viaggio a fini terroristici ha le sue radici nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2178, par. 6.a che richiedeva agli Stati di criminalizzare come reato grave «i loro cittadini che viaggiano o tentano di recarsi in uno Stato diverso dai loro Stati di residenza o nazionalità, e altre persone che viaggiano o tentano di viaggiare dai loro territori a uno Stato diverso dai loro Stati di residenza o nazionalità, ai fini della perpetrazione, pianificazione o preparazione di atti terroristici o di fornire o ricevere addestramento terroristico».

Il Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Prevenzione del Terrorismo, attingendo alla risoluzione 2178, richiedeva agli Stati di criminalizzare i «viaggi all'estero a fini terroristici, in partenza dal proprio territorio o effettuati dai propri cittadini, qualora praticati illecitamente e intenzionalmente» (articolo 4.2). Il Protocollo definisce i «viaggi all'estero a fini terroristici» come l'atto di recarsi in uno Stato diverso da quello di cittadinanza o di residenza al fine di commettere un reato di terrorismo o contribuire o partecipare alla sua commissione, oppure di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici» (articolo 4.1).

I reati di viaggi a fini terroristici ai sensi dell'articolo 9 comportano particolari rischi di ingerenza sproporzionata e discriminatoria con il diritto alla libertà di circolazione (art. 2.1 Protocollo 4 CEDU, Art 12.1 PIDCP, Art 45 CDFEU) e la libertà di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio (articolo 12.2 PIDCP e articolo 2.2 del protocollo 4 CEDU).

Particolarmente rilevante per il reato di viaggio in uno Stato membro a fini terroristici è il diritto di non essere arbitrariamente impedito di entrare nel proprio paese, protetto dall'articolo 12 PIDCP. Ciò si applica non solo ai cittadini, ma anche ai residenti permanenti e ad altri con stretti legami con il paese (general Comment no. 27 del Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (par.20)).

I termini generali usati dall'articolo 9 e dai reati connessi ai sensi degli articoli 3 e 4 della Direttiva le consentono un ambito di applicazione potenzialmente molto ampio e incerto che impone l'adozione di garanzie legislative e giudiziarie nazionali per rendere il campo di applicazione sufficientemente certo e prevedibile e per impedirne l'applicazione arbitraria o discriminatoria. Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani, nella sua relazione dopo la sua visita in Belgio (UN Doc. A/HRC/40/52/Add.5, 2019), ha richiamato l'attenzione su: «le difficoltà di perseguire «viaggi a fini terroristici» in modo conforme alle norme sui diritti umani, compresi i diritti alla libertà di circolazione, di espressione e di associazione, nonché il principio di legalità, che richiedono un certo livello di precisione e prevedibilità nella legislazione» (par.23). Ha sottolineato «l'importanza di azioni penali condotte sulla base di prove decisive dell'intento di commettere reati terroristici» e ha avvertito che «un'interpretazione estensiva del sostegno al terrorismo può portare a una costruzione eccessivamente ampia del reato di viaggio con l'intento di commettere atti terroristici» (par.23).

Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani nel suo General Comment no. 27 sul Diritto alla Libertà di Movimento (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999) ha sottolineato il ruolo delle garanzie giudiziarie nel garantire la proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione: «L'articolo 12, paragrafo 3, indica chiaramente che non è sufficiente che le restrizioni servano agli scopi ammissibili; devono anche essere necessari per proteggerli. Le misure restrittive devono conformarsi al principio di proporzionalità; devono essere appropriate a svolgere la loro funzione protettiva; devono essere lo strumento meno invasivo tra quelli che potrebbero ottenere il risultato desiderato; e devono essere proporzionate all'interesse da proteggere... Il principio di proporzionalità deve essere rispettato non solo nella legge che prevede le restrizioni, ma anche dalle autorità amministrative e giudiziarie nell'applicazione della legge. Gli Stati membri dovrebbero garantire che qualsiasi procedimento relativo all'esercizio o alla restrizione di tali diritti sia rapido e che siano forniti motivi per l'applicazione di misure restrittive» (para 14-15).

I quadri legislativi nazionali variano tra quelli che hanno promulgato reati specifici di viaggio a fini terroristici e quelli che si basano su reati più generali esistenti, accessori al terrorismo, per criminalizzare i viaggi. La legislazione nazionale varia anche in base all'intenzione di commettere il reato.

Per esempio, nei Paesi Bassi non vi è alcun reato specifico di viaggio a fini terroristici. Invece, viaggiare per terrorismo è già punibile come condotta di realizzazione di atti preparatori alla partecipazione a conflitti armati o ad altri reati terroristici (Corte d'Appello di Amsterdam 27 luglio 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:3041](#)).

La legge belga stabilisce il reato di viaggio e sottolinea l'intento terroristico, piuttosto che la conoscenza del contributo alle attività criminali di un gruppo terroristico. In particolare, l'articolo 141 bis del Codice Penale belga esclude da tutti i reati di terrorismo «atti da parte delle forze armate in una situazione definita nel, e soggetta al, diritto umanitario internazionale» e «atti da parte delle forze armate di uno Stato nel contesto dei loro compiti ufficiali, nella misura in cui tali compiti siano soggetti ad altre disposizioni del diritto internazionale». Questa restrizione è stata accolta con favore come un'importante salvaguardia da parte del Relatore Speciale sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani nella sua relazione dopo la sua visita in Belgio (par.24).

Tuttavia, con o senza tale eccezione, i tribunali nazionali potrebbero aver bisogno di determinare se il DIU è applicabile al comportamento in questione per decidere se l'azione penale è appropriata, per imputare in modo appropriato così da non compromettere il DIU, alla luce della previsione del considerando 37 che la Direttiva non disciplina i conflitti armati.

## 7. Organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici

Direttiva UE 2017/541

### Articolo 10 **Organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici**

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili come reato, se compiuti intenzionalmente, tutti gli atti connessi all'organizzazione o agevolazione del viaggio di una persona a fini terroristici, come definito all'articolo 9, paragrafo 1, e all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e nella consapevolezza che l'assistenza è prestata a tal fine.

### Indicazioni

**I principi di cui all'articolo 10, come l'articolo 9, si applicano anche ai reati di organizzazione o comunque agevolazione di viaggi a fini terroristici. Tuttavia, questo reato aumenta il rischio di distanza ancora maggiore e di un abuso ancora più oltraggioso, dato che ancor più si distanzia dal reato principale. Alla luce di ciò, giudici e pubblici ministeri devono cercare di evitare l'applicazione del diritto penale a comportamenti che non hanno alcun rischio di contribuire, intenzionalmente, ad un atto di terrorismo.**

**Come per i reati di cui all'articolo 9, i giudici e i pubblici ministeri devono interpretare il requisito di intenzionalità non solo come intenzione di organizzazione o agevolazione di un viaggio, ma come intenzione di contribuire, anche se indirettamente, ad un atto di terrorismo o, quanto meno, come volontaria noncuranza della consapevolezza che le proprie azioni vi contribuiranno.**

### Commento

L'articolo 10 della Direttiva riflette le disposizioni della Risoluzione 2178 del Consiglio di Sicurezza (paragrafo 6). Essa cerca anche di riflettere anche il Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Prevenzione del Terrorismo. L'articolo 5.2 del protocollo prevede la criminalizzazione del «finanziamento intenzionale dei viaggi all'estero a fini terroristici» definito come «la fornitura o la raccolta, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, di fondi che consentono, in tutto o in parte, a una persona di effettuare viaggi all'estero a fini terroristici, ... sapendo che i fondi saranno destinati, in tutto o in parte, a essere utilizzati a tale scopo (articolo 5.1).

L'articolo 6 del Protocollo impone agli Stati membri di criminalizzare l'intenzionale «organizzazione o altra agevolazione di viaggi all'estero a fini terroristici» (articolo 6.2), definito come «qualsiasi azione di organizzazione o di agevolazione che aiuti una persona a effettuare viaggi all'estero a fini terroristici realizzata sapendo che l'aiuto così fornito è diretto a fini terroristici» (articolo 6.1).

L'ambiguità e l'ampiezza dell'«agevolazione» del viaggio, e il suo potenziale a ricomprendere comportamenti senza alcun legame diretto con atti terroristici, richiede un approccio particolarmente rigoroso all'interpretazione e all'applicazione di questo reato.

## 8. Finanziamento del terrorismo

Direttiva EU 2017/541

### Articolo 11 **Finanziamento del Terrorismo**

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili come reato, se compiute intenzionalmente, la fornitura o la raccolta di capitali, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, con l'intenzione che tali capitali siano utilizzati, o nella consapevolezza che saranno utilizzati, in tutto o in parte, per commettere o per contribuire alla commissione di uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 10.
2. Qualora il finanziamento del terrorismo di cui al paragrafo 1 del presente articolo riguardi uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 9, non è necessario che i capitali siano effettivamente utilizzati, in tutto o in parte, per commettere o per contribuire alla commissione di uno di tali reati, né occorre che l'autore sia a conoscenza del reato o dei reati specifici per i quali saranno utilizzati.

### Indicazioni

**Nell'applicare i reati di finanziamento del terrorismo, i giudici e i pubblici ministeri devono garantire che i reati siano applicati in modo coerente e prevedibile alla legge e la sua interpretazione**

**deve soddisfare i requisiti di certezza del diritto e prevenire l'interferenza arbitraria o sproporzionata con i diritti, compresi i diritti alla privacy e alla vita privata e familiare, la libertà di espressione, la libertà di associazione e il diritto alla partecipazione politica. I giudici e i pubblici ministeri devono interpretare la portata del reato in modo ristretto.**

**Qualora l'intento necessario per configurare il reato non sia chiaramente definito nella legislazione, dovrebbe essere chiarito attraverso la giurisprudenza. L'intento dovrebbe limitarsi all'intento specifico di contribuire, direttamente o indirettamente, alla commissione del principale reato di terrorismo, o quanto meno alla volontaria noncuranza della consapevolezza che le proprie azioni vi contribuiranno.**

**I giudici e i pubblici ministeri non devono applicare il reato in modo da limitare le attività legittime della società civile, compresa la fornitura di assistenza umanitaria, la difesa dei diritti umani o la fornitura di e l'accesso a servizi di base.**

**I giudici e i pubblici ministeri dovrebbero cercare di garantire che le misure investigative nonché l'azione penale e la condanna per reati di finanziamento del terrorismo, non discriminino, direttamente o indirettamente, in particolare per motivi di religione, nazionalità o razza, anche per quanto riguarda i diritti al rispetto della vita privata e familiare e la libertà di associazione.**

### Commento

Quando l'articolo 11 è applicato in merito ai reati di cui agli articoli 3, 4 e 9, nella Direttiva non vi è alcun obbligo che i fondi siano effettivamente utilizzati, in tutto o in parte, per commettere o contribuire a un reato terroristico, né che il trasgressore sappia per quali reati specifici devono essere utilizzati. Non è necessario che un reato principale sia effettivamente commesso. Ciò comporta rischi di applicazione arbitraria o discriminatoria del reato.

È possibile mettere in discussione la capacità di un individuo di determinare, con la formulazione delle disposizioni, se il suo comportamento è illecito o meno e quindi, ritenuto da alcuni esperti intervistati dall'ICJ, non in linea con il principio di legalità.

Se interpretati in modo ampio, i reati di cui all'articolo 11 possono avere un impatto dannoso sulle attività legittime della società civile, comprese le attività volte a proteggere i diritti umani attraverso la **fornitura di assistenza umanitaria**. Il considerando 38 della Direttiva riconosce che la Direttiva non si applica agli aiuti umanitari: «Le attività umanitarie svolte da organizzazioni umanitarie imparziali riconosciute dal diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario, non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, sebbene debba essere presa in considerazione la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea». Tuttavia, la Direttiva non applica il principio ad altre forme di attività pubblica, compreso il lavoro dei difensori dei diritti umani.

Secondo il Relatore Speciale sull'antiterrorismo e i diritti umani, le comunità locali e le persone più vulnerabili e colpite dall'«estremismo violento», sono spesso le comunità più a rischio di taglio di fondi e mancanza di sostegno attraverso l'effetto a valle dell'approccio basato sul rischio al finanziamento del terrorismo e la mancanza di una causa di giustificazione umanitaria globale (UN HRC, [Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism](#), UN Doc. A/HRC/43/46, 2020, par. 45).

Molte delle misure internazionali e nazionali volte a contrastare il finanziamento del terrorismo e a criminalizzare il sostegno materiale al terrorismo hanno avuto l'effetto indiretto di limitare lo spazio in cui le ONG umanitarie e dei diritti umani e altre organizzazioni della società civile sono in grado di operare. ([Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism](#), UN Doc. A/70/371, 2015, par. 10).

La Financial Action Task-Force ha rilevato che le organizzazioni senza scopo di lucro (NPO) svolgono un ruolo vitale nella società, in particolare i loro sforzi nel fornire «servizi essenziali, conforto e speranza a coloro che ne hanno bisogno in tutto il mondo». Di conseguenza, «le misure adottate dai paesi per proteggere il settore delle NPO dagli abusi terroristici non dovrebbero interrompere o scoraggiare le legittime attività caritatevoli». Tali misure dovrebbero promuovere la trasparenza e generare maggiore fiducia nel fatto che i fondi e i servizi di beneficenza raggiungano i beneficiari legittimi previsti. Le azioni intraprese dai governi dovrebbero «nella misura ragionevolmente possibile, evitare qualsiasi impatto negativo sui beneficiari innocenti e legittimi di attività caritatevoli» (la nota interpretativa alla raccomandazione 8 della Financial Action Task Force, istituita nel 1989 su iniziativa del Gruppo dei Sette, come citato dal Relatore Speciale sulla promozione e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta contro il terrorismo, A/70/371, 18 settembre 2015, par. 18).

Nei Paesi Bassi, ai sensi del reato di finanziamento del terrorismo, l'**intento condizionale** (voorwaardelijk opzet) è già sufficiente (La Corte d'Appello dell'Aia 10 marzo 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:642](#), par. 6.2.2.1.). Di conseguenza, una persona potrebbe essere accusata di finanziare il terrorismo in una situazione in cui tale individuo intende inviare solo denaro a un membro della famiglia per scopi benigni, come per i farmaci.

## 9. Concorso, istigazione e tentativo

Direttiva UE 2017/541

### Articolo 14 **Concorso, istigazione e tentativo**

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile il **concorso** in uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 8, e agli articoli 11 e 12.
2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile l'**istigazione** a compiere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 12.
3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile il **tentativo** di commettere uno dei reati di cui agli articoli 3, 6, 7, all'articolo 9, paragrafo 1, e all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), agli articoli 11 e 12, esclusi la detenzione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera f), e il reato di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j).

### Indicazioni

**Gli stessi principi di cui sopra in relazione ai reati oggetto della Direttiva si applicano anche ai reati di concorso, istigazione o tentativo di tali reati. Questi reati, in quanto accessori a reati già accessori, che essi stessi possono essere ampiamente definiti, devono essere applicati con particolare attenzione per garantire che la loro applicazione sia prevedibile e che le restrizioni sui diritti umani implicate nell'indagine e nell'azione penale siano necessarie, proporzionate e non discriminatorie.**

**I giudici e i pubblici ministeri che applicano il reato di concorso ai sensi dell'articolo 14.1 devono richiedere un chiaro nesso causale tra il comportamento dell'indagato o dell'imputato e la commissione di un reato principale di terrorismo ai sensi dell'articolo 3. La giurisprudenza deve limitare l'intento necessario per commettere il reato di concorso all'intento di concorrere a un reato principale di terrorismo, escludendo l'intenzione di limitarsi a favore, ad esempio, dell'addestramento senza la conoscenza che tale addestramento abbia uno scopo terroristico.**

**Il reato di istigazione ai sensi dell'articolo 14.2 deve essere applicato in modo da garantire che qualsiasi interferenza col diritto alla libertà di espressione implicata dall'indagine o dal perseguimento del reato sia prevedibile, e che il nesso causale con il reato principale e con l'intenzione di istigare il reato principale siano chiari e sufficientemente circoscritti al fine di proteggere contro l'interferenza arbitraria, sproporzionata o discriminatoria con la libertà di espressione (*vedi ulteriormente sopra, commento sulla provocazione pubblica*).**

**Al fine di soddisfare le regole di prevedibilità secondo il principio di legalità ed evitare interferenze arbitrarie con i diritti umani, i giudici e i pubblici ministeri che applicano il reato di attentato ai sensi dell'articolo 14.3, devono richiedere uno stretto collegamento con la commissione del reato principale, con un rischio reale e prevedibile che tale condotta criminale principale abbia effettivamente luogo. Le mere espressioni di una generica motivazione, senza una manifestazione più concreta di qualsiasi intento di compiere effettivamente un atto criminale principale, non devono essere sufficienti a stabilire il reato di attentato.**

## **IV. I diritti degli indagati nel processo penale: indagini, procedimenti giudiziari e processo**

### **1. Indagini e raccolta di prove**

#### **Indicazioni**

**Il diritto internazionale in materia di diritti umani e le norme, le pratiche e le garanzie applicate all'indagine su tutti i reati penali devono essere applicati anche ai reati di terrorismo, compresi quelli oggetto della Direttiva. Le misure di salvaguardia non devono essere indebolite o ignorate nella prassi sulla base della natura «eccezionale» dei reati di terrorismo. Anche quando sono previste procedure eccezionali per legge e/o durante uno stato di emergenza dichiarato e proclamato legittimamente che comporta deroghe legali agli obblighi internazionali in materia di diritti umani, essi dovrebbero essere interpretati e applicati in modo da preservare al massimo le garanzie per i diritti umani nella procedura penale ordinaria. Essi devono sempre soddisfare norme fondamentali non derogabili di un processo equo.**

*Commento:* Alcuni Stati membri hanno scelto di gestire i casi terroristici centralizzando o creando specializzazioni nell'ambito del sistema di indagine, perseguimento e processo dei casi. Questi tribunali specializzati possono applicare norme ordinarie di prova e procedura, o possono applicare alcune modifiche procedurali nei casi di terrorismo. (Sull'istituzione di tribunali speciali, vedi ulteriormente [Legal Commentary to the Berlin Declaration](#), pp.63-64. Indipendentemente del giudice adito, la legislazione nazionale applica procedure speciali in diversi Stati membri, tra cui la detenzione, la sorveglianza e altre misure in materia di indagine. Tali procedure speciali richiedono un'attenta applicazione giudiziaria e un controllo per garantire il loro rispetto dei diritti alla libertà (articolo 5 CEDU, articolo 9 PIDCP, articolo 6 CDFUE), processo equo (articolo 6 CEDU, articolo 14 PIDCP, articolo 47 CDFUE), libertà dalla tortura o trattamento o punizione crudeli, inumani o degradanti (articolo 3 CEDU, articolo 7 PIDCP, CAT, articolo 4 CDFUE) e diritto al rispetto della vita privata (articolo 8 CEDU, articolo 17 PIDCP, Articolo 7 CDFUE). Gli obblighi per ciascuno di questi diritti sono considerati di seguito. Come indicato nella sezione II.5, i diritti, compresa la libertà dalla tortura e da altri maltrattamenti, e gli elementi fondamentali del diritto a un processo equo sono non-derogabili e applicabili in ogni momento.

#### **• Raccolta di prove**

#### **Indicazioni**

**L'efficace raccolta di prove è necessaria per gli obblighi di diritto internazionale di indagine, responsabilità e riparazione per i crimini ai sensi del diritto internazionale, compresi i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, la schiavitù, la tortura, la scomparsa forzata, le uccisioni extragiudiziali e i crimini violenti di terrorismo. Si tratta di una questione particolare per quanto riguarda le prove provenienti da aree di conflitto armato, di gravi perturbazioni interne o da aree in cui la legalità è collassata. La raccolta di prove a sostegno dell'azione penale per i reati più gravi deve essere una priorità e devono essere compiuti tutti gli sforzi per garantire una raccolta approfondita e competente di prove a tali scopi.**

**Affinché un'azione penale proceda o affinché venga intrapresa un'azione investigativa in un caso di antiterrorismo, si devono raccogliere prove sufficienti allo stesso livello che si applicherebbe ai reati ordinari, alla luce della presunzione di innocenza. L'affidamento alle informazioni di intelligence non corroborate, provenienti da servizi di intelligence nazionali o stranieri, deve sempre essere evitato. Un singolo elemento di prova indiretta non deve essere considerato una base sufficiente per una misura investigativa, un'azione penale o una condanna.**

**Alle prove che possono basarsi su presunzioni discriminatorie (come prove di pratica religiosa o abbigliamento) non si devono accordare alcun peso.**

**L'inclusione in un elenco «terroristico», nazionale o internazionale, compresi quelli compilati ai sensi delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, o l'appartenenza a un'organizzazione inclusa in tale elenco non dovrebbe essere di per sé considerata una prova sufficiente di alcun reato. Le ragioni dell'inclusione nell'elenco devono sempre essere oggetto di controllo giudiziario attraverso l'accesso alla giustizia da parte della persona elencata e dei loro rappresentanti.**

**Le informazioni ottenute mediante tortura, trattamenti crudeli, inumani o degradanti, coercizione o altri mezzi che costituiscono una grave violazione dei diritti umani di un imputato o di un terzo, non sono mai ammissibili come prova e non devono essere invocate in alcun procedimento.**

**Qualora si siano formulate accuse secondo cui tali informazioni possono essere state ottenute con tali mezzi, è la responsabilità del giudice garantire che vi sia un'indagine approfondita, imparziale ed efficace sulle accuse.**

*Commento:* L'articolo 15 della Convenzione contro la Tortura prevede: «Ogni Stato Parte provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento [...]». ([Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment](#)). Il Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura ha chiarito che ciò vale anche per il trattamento inumano e degradante e che non può essere posta alcuna limitazione a tale divieto in nessuna circostanza (UN CAT [General Comment No. 2 - Implementation of article 2 by States parties](#) (2008), UNDOC CAT/C/GC/2, para. 6). Inoltre, le prove ottenute attraverso altre violazioni possono anche essere inammissibili e/o possono dare luogo a obblighi di non cooperazione con procedure penali.

Le United Nations Guidelines on the Role of Prosecutors consigliano che: «quando i pubblici ministeri entrano in possesso di prove contro sospetti che sanno o credono in base a ragionevoli motivi, essere state **ottenute attraverso il ricorso a metodi illeciti che costituiscono una grave violazione dei diritti umani** del sospettato, in particolare coinvolgendo torture o trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, o altri abusi dei diritti umani, essi dovranno rifiutarsi di utilizzare tali prove nei confronti di persone diverse da quelle che hanno utilizzato tali metodi, o informare conseguentemente la Corte, e dovranno prendere tutte le misure necessarie per garantire che i responsabili dell'uso di tali metodi siano assicurati alla giustizia» (eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, [Guidelines on the Role of Prosecutors](#), 1990, Guideline 16).

Di conseguenza, «è ... anche dovere dei giudici essere particolarmente attenti a qualsiasi segno di maltrattamento o coercizione di qualsiasi tipo che possa aver avuto luogo nel corso di indagini penali o in detenzione e di adottare le misure necessarie ogni volta che si trova di fronte a un sospetto di maltrattamento.» (Nazioni Unite, [Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers](#) 2003, p. 231.)

Le «liste nere» nazionali/UE/internazionali di individui o organizzazioni compilate da governi nazionali o organizzazioni intergovernative non dovrebbero essere determinanti ai fini delle indagini e il caso deve sempre essere indagato indipendentemente dall'elenco. Qualora tali elenchi siano presentati come prova in un caso penale, le ragioni dell'inclusione nell'elenco devono sempre essere soggette a controllo giudiziario, per evitare che le decisioni esecutive siano determinanti del processo giudiziario (vedi anche [Assessing Damage, Urging Action – Report of the Eminent Jurists Panel](#), pp. 113-117).

**L'elenco dei terroristi stabilito dall'UE terrorist list** è stato precedentemente impugnato giudizialmente. Esso conteneva le LTTE (Sri Lanka Tamil Tigers) che poi si sono dovute rimuovere a seguito di una decisione della [Corte di Giustizia dell'Unione Europea](#) (CGEU). La Corte ha ritenuto che, con una decisione che inserisce una persona o un gruppo nell'elenco relativo a fondi congelati, il Consiglio deve, **a intervalli regolari** e almeno una volta ogni sei mesi, ricevere adeguati ragguagli riguardo a motivi per continuare a includere la parte interessata nell'elenco in questione. La Corte ha inoltre affermato che un inserimento in tale elenco deve sempre rivelare in modo chiaro e inequivocabile il **ragionamento** seguito dall'istituzione che ha adottato la misura in modo da consentire il **riesame della sua legittimazione**.

Secondo la Corte di Cassazione italiana (Sez. V n. 31389, 11/6/2008, Bouyahia) l'inclusione di un'organizzazione negli elenchi delle associazioni terroristiche redatte dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, a seguito della risoluzione n. 1267, può essere utilizzata solo come punto di partenza investigativo. Non deve essere utilizzata di per sé come prova dello scopo terroristico compiuto dall'associazione stessa, che deve necessariamente essere formata secondo le norme prescritte dalla legge processuale.

I poteri dei funzionari della giustizia penale, dall'analisi preliminare della situazione al l'identificazione degli obiettivi, alla perquisizione e al sequestro, alla sorveglianza o all'arresto, devono essere esercitati in modo non discriminatorio.

Gli obblighi di indagare e perseguire i reati internazionali sorgono ai sensi del diritto penale internazionale, nonché ai sensi del diritto umanitario internazionale e del diritto internazionale dei diritti umani (ad esempio, gli articoli 4, 5, 7, 12 CAT, articoli 3, 12 CPED, *McCann v UK*; PIDCP articolo 2(3) UN Hrc

General Comment 31 para.18). Questi obblighi sono strettamente legati ai diritti delle vittime dei crimini internazionali a un rimedio e a una riparazione efficaci, compreso il diritto alla verità (per quanto riguarda gli obblighi di diritto internazionale di indagare e perseguire, e fornire rimedi e riparazioni, vedi ulteriormente: [The Right to Remedy and Reparations for Gross Human Rights Violations – A Practitioners' Guide](#)).

Nella prassi, la mancata raccolta di prove di crimini ai sensi del diritto internazionale, anche in situazioni di conflitto armato, e la relativa facilità con cui possono essere ottenute prove per reati di terrorismo accessori può portare a un'azione penale nei confronti di coloro che sono sospettati di crimini di guerra o crimini contro l'umanità per reati accessori minori, come viaggi a fini terroristici o l'appartenenza a un gruppo terroristico, lasciando le vittime senza giustizia o verità per i crimini contro di loro. L'esistenza nel diritto nazionale dei reati accessori di terrorismo non può fornire un sostituto adeguato per l'azione penale per i crimini internazionali.

## • Ricerca, sorveglianza e intercettazione delle comunicazioni

### Indicazioni

**I giudici, nella loro supervisione delle misure di indagine, nonché nel processo, e i pubblici ministeri, devono garantire che il diritto alla privacy e al rispetto della vita privata e familiare sia rispettato in tutte le fasi della procedura, comprese le indagini e la raccolta di prove, procedimenti giudiziari e processi. Essi devono valutare se qualsiasi interferenza con tali diritti sia adeguatamente prescritta dalla legge (anche attraverso una legge chiara sulla sua portata e sulle procedure applicabili, e la cui applicazione è ragionevolmente prevedibile), sia necessaria e proporzionata al legittimo scopo che persegue e non è direttamente o indirettamente discriminatoria.**

**Il rispetto del diritto alla privacy e alla vita privata deve essere fondamentale per le decisioni e la supervisione giudiziaria delle comunicazioni, la sorveglianza o l'intercettazione delle comunicazioni, e le considerazioni sulla sicurezza nazionale dovrebbero essere attentamente valutate contro la privacy e i diritti di vita privata e familiare, alla luce del reato particolare e delle circostanze individuali del caso.**

**Tali misure devono essere mirate nel loro ambito di applicazione e limitate nel tempo. In particolare, tali misure di indagine non devono essere utilizzate in modo sproporzionato contro qualsiasi gruppo, compresi particolari gruppi nazionali, etnici, nazionali o religiosi.**

**Un riesame giudiziario indipendente della sorveglianza e dell'intercettazione delle comunicazioni è fondamentale per garantire che gli obblighi in materia di diritti umani vengano rispettati. Nell'esaminare o autorizzare la sorveglianza o l'intercettazione delle comunicazioni per reati di terrorismo, i giudici non devono accettare automaticamente le affermazioni delle autorità statali secondo cui le misure sono necessarie ai fini della sicurezza nazionale, ma dovrebbero valutare se sono necessarie, proporzionate e non discriminatorie nelle circostanze particolari del caso.**

**La ricezione, la conservazione e l'uso di informazioni o prove provenienti da altri Stati possono anche violare gli obblighi di diritto internazionale qualora il materiale sia stato ottenuto in violazione dei diritti umani, tra cui torture e maltrattamenti. Prima di fare affidamento su tali informazioni o prove, i pubblici ministeri devono stabilire che non sono state ottenute in violazione dei diritti umani e devono lavorare per garantire che siano in essere sistemi per valutare tale violazione e, se accertate, dichiarare non utilizzabili tali informazioni.**

*Commento:* Il diritto alla privacy è tutelato ai sensi dell'articolo 17 del PIDCP contro le interferenze illecite o arbitrarie. Le interferenze che non si conformano ai principi di legalità, necessità, proporzionalità e non discriminazione sono arbitrarie e illecite.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ammesso che, pur costituendo un'interferenza con i diritti umani, la sorveglianza segreta può essere ammissibile, ma solo in condizioni eccezionali ([Klass and Others v. Germany](#), applicazione n. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, par. 58.). La Corte richiede che, in caso di regimi di sorveglianza segreta, vi siano garanzie efficaci, ad esempio un organismo di controllo indipendente. ([Klass and others v. Germany](#), par. 55 et seq.).

Le misure di sorveglianza sono quasi invariabilmente considerate dalla CEDU come interferenze, anche se con vari gradi di gravità, con il diritto al rispetto della vita privata, della casa o della corrispondenza delle persone interessate. ([Amann v. Switzerland](#), ECtHR, Application No. 27798/95, Judgment of 16 February 2000; [Kennedy v. the United Kingdom](#), ECtHR, Application No. 26839/05, Judgment of 18 May 2010, [Klass and Others v. Germany](#), [Bărbulescu v. Romania](#), ECtHR, Application No. 61496/08, Judgment of 5 September 2017).

La [UN Security Council Resolution 2396 \(2017\)](#) pone particolare enfasi sulla raccolta e la condivisione di informazioni, intelligence e prove, anche da zone di conflitto, e sulle misure giudiziarie e la cooperazione internazionale per garantire che chiunque partecipi alla pianificazione, preparazione o perpetrazione di atti terroristici sia consegnato alla giustizia. Tuttavia, in tal modo, la risoluzione chiarisce che gli Stati devono rispettare il diritto internazionale in materia di diritti umani. Possono sorgere problemi sia per quanto riguarda la ricezione e l'uso delle informazioni raccolte ai sensi delle violazioni dei diritti umani da parte di Stati stranieri, sia per quanto riguarda le implicazioni in materia di diritti umani della condivisione di informazioni e prove con tali Stati.

L'attuale Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Lotta al Terrorismo e i Diritti Umani ha osservato che «[...] il principio della condivisione delle informazioni basato sui diritti umani e sulla legalità tra gli Stati non è di per sé discutibile. Ma il principio della condivisione presuppone che tutti gli Stati valorizzino equamente la privacy; non abusino delle informazioni per indirizzare le persone al di fuori della legalità; e che le pratiche di informazione, tra cui l'integrità, l'anonimato, la distruzione, a seconda dei casi, siano basate sullo Stato di diritto”([The UN Security Council, Global Watch Lists, Biometrics, and the Threat to the Legalità, Just Security](#), 17 gennaio 2018).

## 2. Detenzione in casi di antiterrorismo

### Indicazioni

**Un riesame giudiziale tempestivo, indipendente ed efficace della detenzione è un diritto garantito dal diritto internazionale in ogni momento ed è fondamentale per proteggersi dalla privazione arbitraria della libertà (articolo 5 CEDU, articolo 9 PIDCP (UN HRC General Comment 36), articolo 6 CDFUE) nonché per la protezione contro la tortura o altri maltrattamenti in carcere (articolo 3 CEDU, articolo 7 PIDCP, articolo 4 CDFUE, CAT). Oltre al diritto di comparire prontamente dinanzi a un tribunale prima della detenzione, tutte le persone detenute hanno il diritto in qualsiasi momento, mentre sono soggette alla privazione della loro libertà di avere accesso a un tribunale per contestare la legittimazione della loro detenzione attraverso habeas corpus o procedimenti analoghi (articolo 9(4) PIDCP, articolo 7 CEDU).**

**Nell'autorizzare o rivedere la custodia cautelare in base alle accuse di antiterrorismo ai sensi della Direttiva, in particolare per i reati accessori che non sono direttamente collegati ad atti violenti di terrorismo, i giudici devono esaminare la base giuridica della detenzione, nonché la sua necessità e proporzionalità. I giudici devono considerare alternative alla detenzione e, in ogni caso, devono imporre la detenzione solo come ultima risorsa. Nei casi di antiterrorismo, come per altri reati, la custodia cautelare deve essere considerata una misura eccezionale. La detenzione amministrativa non sarà lecita in assenza di una valida deroga agli articoli 5 della CEDU e all'articolo 9(4) PIDCP ai sensi di uno stato di emergenza dichiarato e notificato.**

**I giudici che conducono un riesame della detenzione dovrebbero valutare se al detenuto è stato concesso un accesso tempestivo, regolare e confidenziale all'assistenza legale competente e indipendente di sua scelta, compresa l'assistenza legale gratuita, ove necessario. Devono anche valutare se il detenuto ha accesso ai membri della famiglia e alle cure mediche necessarie. Devono esaminare eventuali accuse o prove che il detenuto sia stato sottoposto a tortura o ad altri maltrattamenti, o tenuto in condizioni crudeli, inumane o degradanti.**

**I pubblici ministeri e i giudici devono garantire che i detenuti siano informati tempestivamente delle ragioni dell'arresto e di qualsiasi prova contro di loro.**

**I pubblici ministeri e i giudici devono essere attenti al potenziale impatto discriminatorio delle misure di custodia cautelare, anche per motivi di etnia, nazionalità o religione.**

*Commento:* Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza (articolo 9 PIDCP, articolo 5 CEDU, articolo 6 CDFUE). La privazione della libertà non deve mai essere arbitraria e deve essere conforme a una procedura prescritta dalla legge, per uno dei motivi consentiti ai sensi dell'articolo 5 della CEDU. Nel contesto dell'antiterrorismo sono le seguenti: dopo la condanna di un giudice competente (articolo 5.1.a), per inosservanza di un ordine giudiziario o per garantire l'adempimento di un obbligo giuridico (articolo 5.1.b), a seguito di arresto legittimo allo scopo di portare la persona arrestata dinanzi all'autorità giudiziaria competente in base al ragionevole sospetto di aver commesso un reato o quando è ragionevolmente ritenuto necessario impedire che la persona commette un reato o fugga dopo aver commesso un reato (articolo 5.1.c) e per impedire l'ingresso non autorizzato nel paese o in attesa di espulsione

o estradizione (articolo 5.1.f). La detenzione amministrativa non è consentita senza una deroga valida dell'articolo 5 CEDU.

L'articolo 9(1) della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici afferma che «nessuno può essere privato della sua libertà se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge». Come interpretato nel General Comment n. 35 del Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (che copre l'articolo 9, la libertà e la sicurezza della persona) «la nozione di arbitrarietà non deve essere equiparata a «contro la legge», ma deve essere interpretata in modo più ampio per includere elementi di inadeguatezza, ingiustizia, mancanza di prevedibilità e di giusto processo di diritto, nonché elementi di ragionevolezza, necessità e proporzionalità» (par. 12).

Il diritto e le norme internazionali in materia di diritti umani riconoscono che chiunque sia privato della libertà con l'arresto o la detenzione per qualsiasi motivo ha il diritto di contestare la legittimazione della detenzione dinanzi a un tribunale e di essere rilasciato se la detenzione non è stata lecita (ad esempio, Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, articolo 9(4)). Inoltre, gli arrestati per motivi penali hanno il diritto di essere portati tempestivamente dinanzi a un giudice o ad un altro funzionario giudiziario (ad es. Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, articolo 9(4)). Inoltre, gli arrestati per motivi penali hanno il diritto di essere condotti tempestivamente dinanzi a un giudice o ad un altro funzionario giudiziario (ad esempio, Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, articolo 9(3)). Vedi anche *UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, Articles 4, 11, 32, 37, and Human Rights Committee, General Comment No. 36, Article 6 (Right to Life)*.

Ogni privazione della libertà deve essere soggetta a un tempestivo e automatico riesame giudiziale della legittimazione della detenzione, con garanzie di un processo equo ed efficace in ogni singolo caso. L'autorità giudiziaria deve essere in grado di emettere tempestivamente ed efficacemente un ordine di rilascio se rileva che la detenzione è illegale ai sensi del diritto nazionale o dei diritti umani internazionali o del diritto dell'UE. Il riesame della legalità della privazione della libertà deve includere la considerazione della base giuridica e di fatto affermata per giustificare la detenzione, nonché la sua necessità, la ragionevolezza e la proporzionalità. Nel valutare l'impatto della detenzione, i giudici devono prendere in considerazione l'età, il sesso, lo stato di salute e altre circostanze personali rilevanti dell'individuo (*Cruz Varas and Others v. Sweden*, 46/1990/237/307, par. 83).

I giudici devono, in ogni singolo caso, nello stabilire se la detenzione è legittima e non arbitraria in relazione ai fatti e al diritto, considerare pienamente tutte le alternative disponibili alla custodia cautelare, garantire che tali alternative non equivalgano nella prassi alla detenzione con un altro nome e garantire che la detenzione sia ordinata solo come misura di extrema ratio limitata nel tempo quando non è disponibile alcuna alternativa (*Ambruszkiewicz v Poland*, ECtHR, Application No. 38797/03, Judgment of 4 May 2006, para. 31; *Ladent v Poland*, ECtHR, Application No. 11036/03, Judgment of 18 March 2008, para. 55; *Idalov v. Russia* ECtHR, Application No. 5826/03, Judgment of 22 May 2012, par. 140; *Recommendation Rec (2006)13 of the Council of Europe*).

Il diritto e le norme internazionali sottolineano l'importanza della tempestività dell'accesso del detenuto al tribunale, dell'udienza e della deliberazione da parte del tribunale, dell'emissione di una decisione e dell'esecuzione di qualsiasi ordine di rilascio. I giudici dovrebbero quindi fare del loro meglio per evitare ritardi indebiti in tutte le fasi del processo. In generale, il riesame giudiziale dovrebbe aver luogo entro e non oltre 24-48 ore dopo la decisione di trattenere la persona ((Recommendation Rec(2006)13 del Consiglio d'Europa, pari a 14(2).)

I detenuti in regime di custodia cautelare dovrebbero essere separati da quelli già condannati per reati. Questa prassi non è generalmente applicata, ad esempio, in Francia, dove i sospetti terroristi e gli accusati sono messi in una zona speciale di prigioni dove ci sono già detenuti condannati. Di solito sono isolati nelle singole celle. L'articolo 10 dell'PIDCP prevede un obbligo specifico di separare i detenuti minorenni accusati dagli adulti e di condurli rapidamente al processo (vedi anche l'articolo 37(c) Convenzione sui Diritti del Minore, regola 11 *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* ((The Nelson Mandela Rules)). La detenzione in isolamento è vietato (Regola 45 delle Mandela Rules).

Le buone pratiche di (1) rilasciare i sospetti sotto condizione e (2) avere più possibilità di alternative alla custodia cautelare sono state condivise dagli esperti durante la tavola rotonda della ICJ nel settembre 2019, in quanto queste pratiche spesso rimangono più limitate o, in alcuni paesi, assenti nei casi di terrorismo.

### 3. Processo equo dinanzi a un tribunale indipendente e imparziale

#### Indicazioni

**Tutte le persone hanno diritto a un processo equo dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale stabilito dalla legge. Il rispetto del diritto al processo equo è essenziale per le risposte di diritto penale basate sullo Stato di diritto ai crimini sanciti dalla Direttiva UE 2017/541. Il diritto al processo equo si applica ugualmente nei casi di antiterrorismo e non deve essere minato da procedure speciali o l'indebolimento delle garanzie, nella legge o nella prassi.**

**In ogni momento e in ogni circostanza, i presunti trasgressori devono essere processati solo da un tribunale indipendente e imparziale stabilito dalla legge e devono essere accordate garanzie di un processo equo, compresa la presunzione di innocenza, la parità delle armi tra l'accusa e la difesa, i diritti della difesa, in particolare il diritto alla consulenza legale e a un avvocato efficace, il diritto all'interpretazione e alla traduzione, ove necessario e il diritto di appello giudiziario. I giudici devono garantire che l'imputato abbia la possibilità di accedere e verificare le prove presentate nel suo caso e di contestare la legittimazione delle prove e opporsi al suo uso.**

**Se si usano testimoni anonimi, la difesa deve avere l'opportunità di esaminarli.**

**Le misure di sicurezza adottate in tribunale e durante il trasferimento in tribunale degli indagati in casi che riguardano antiterrorismo (comprese le manette o altre restrizioni), possono influenzare la percezione di un imputato e quindi la presunzione di innocenza. Tali misure devono essere mantenute al minimo necessario nelle circostanze del caso. I giudici devono mettere in discussione tali misure e cercare di ridurle, ove possibile.**

**I tribunali militari non devono essere utilizzati per processare le persone in casi di reati terroristici, ma devono invece limitarsi a processare personale militare per reati militari.**

**I giudici che celebrano i processi e gli avvocati che difendono gli accusati di reati terroristici devono essere in grado di svolgere le loro funzioni professionali senza intimidazioni, ostacoli, molestie o interferenze improprie (UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary; UN Basic Principles on the Role of Lawyers).**

*Commento:* Oltre alla dichiarazione generale di rispetto delle norme in materia di diritti umani di cui al considerando 35, il considerando 36 della Direttiva stabilisce in particolare che: «La presente direttiva non pregiudica gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione per quanto riguarda i diritti procedurali delle persone indagate o imputate in procedimenti penali».

Il diritto al processo equo tutelato ai sensi degli articoli 6 e 13 CEDU, articolo 14 PIDCP e articolo 47 CDFUE deve essere rispettato in tutti i procedimenti penali per i reati legati al terrorismo in tutte le fasi del processo penale, anche durante la fase investigativa pre-processuale. Il Forum Globale Antiterrorismo delle Nazioni Unite ha descritto i principi del processo equo o del «giusto processo» come segue: «il processo che deve essere rispettato nel contesto della situazione specifica, sia che si tratti della detenzione, del processo o dell'espulsione di una persona, e richiesto per garantire **equità, ragionevolezza, assenza di arbitrarietà e necessità e proporzionalità di qualsiasi limitazione imposta ai diritti** dell'individuo in questione». (CTITF Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism [Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism](#), p. 4).

«Equità» come riportato nel paragrafo (1) dell'articolo 14 PIDCP si riferisce ai diritti a: «un'equa e pubblica udienza»; «entro un tempo ragionevole»; «dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge»; e che pronuncia il suo giudizio pubblicamente tranne che in circostanze definite e strettamente interpretate. Inoltre, una persona accusata di un reato acquisisce ulteriori diritti minimi conferiti dai paragrafi (2) e (3), compresi i diritti di: essere presunta innocente fino a prova contraria; essere informata dell'accusa nei suoi confronti; disporre di tempo e strutture adeguati per preparare la difesa; difendersi o avere assistenza legale; esaminare (e far esaminare) i testimoni; e all'uso gratuito di un interprete. Se particolari misure o pratiche violano il processo equo o la privacy, ad esempio, dipenderà da una valutazione olistica del fatto che il processo nel suo complesso garantisca equità sufficiente.

L'accesso a informazioni sufficienti per difendersi è un requisito (articolo 6.3.a CEDU) da cui dipende un processo equo. Almeno dal momento in cui un individuo è accusato, o riceve notifica del fatto che sarà perseguito, ha il diritto di essere informato tempestivamente della natura e della base delle accuse. <sup>1</sup>

Il General Comment no. 32 del Comitato per i Diritti Umani afferma che il diritto di ricevere informazioni sulla natura delle accuse «tempestivamente» richiede che: «le informazioni siano fornite non appena la persona interessata è formalmente accusata di un reato ai sensi del diritto interno, o l'individuo è pubblicamente nominato come tale» (Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, General Comment n. 32 Articolo 14 : diritto all'uguaglianza dinanzi a tribunali e tribunali e ad un processo equo, 23 agosto 2007 UNDOC CCRP/C/GC/32, par. 31).

Le «strutture adeguate» devono includere l'accesso ai documenti e ad altre prove; questo accesso deve includere tutti i materiali che l'accusa intende produrre in tribunale contro l'imputato o che sono scagionatori (UN HRC, General Comment No. 32, par. 33).

Mentre alcuni dettagli possono essere trattenuti - anche se soggetti a riesame giudiziario - in circostanze ristrette dove, per esempio, strettamente richiesto per motivi di sicurezza o la protezione dei testimoni. La CEDU ha fatto riferimento, ad esempio, al diritto dell'imputato di essere informato: «(de)i fatti materiali che costituiscono la base dell'accusa contro di lui» e che egli/lei «deve in ogni caso ricevere informazioni sufficienti dal momento che è necessario comprendere completamente la portata delle accuse contro di lui al fine di preparare una difesa adeguata.» (*Mattoccia v. Italy*, ECtHR, Application no. 23969/94, Judgment of 25 July 2000, par. 59-60).

La CEDU chiarisce che i fattori cruciali di un processo equo includeranno: «se al ricorrente è stata **data l'opportunità di contestare l'autenticità delle prove** e di opporsi al suo uso... la qualità delle prove ... [e] le circostanze in cui sono state ottenute e se tali circostanze mettono in dubbio la loro affidabilità o accuratezza. La Corte inoltre attribuisce peso al fatto che le prove in questione siano state o non siano state decisive per l'esito del procedimento» (*Gäfgen v. Germany*, ECtHR, Application No. 22978/05, Judgment of 1 June 2010, par. 164).

La CEDU ha sottolineato in particolare che «l'uso di prove [segrete], ottenute a seguito di una violazione di uno dei diritti fondamentali e assoluti garantiti dalla Convenzione, solleva sempre seri problemi di equità del procedimento» (*Gäfgen v. Germany*, par. 165).

#### Principi Tschwane sulla sicurezza nazionale e il diritto all'informazione

##### Principio 27: Principio generale di supervisione giudiziaria

- a) Le esigenze di sicurezza nazionale non possono essere usate per minare il diritto fondamentale a un processo equo da parte di un tribunale competente, indipendente e imparziale previsto dalla legge.
- b) Qualora un'autorità pubblica cerchi di nascondere informazioni per motivi di sicurezza nazionale in qualsiasi procedimento legale, un giudice dovrebbe avere il potere di esaminare le informazioni per determinare se le informazioni possono essere trattenute. Un tribunale di solito non dovrebbe respingere una contestazione senza esaminare le informazioni.
- c) Il giudice dovrebbe garantire che una persona che chiede l'accesso possa, nella massima misura possibile, conoscere e contestare l'ipotesi richiamata dal governo per aver trattenuto le informazioni.
- d) Un giudice dovrebbe giudicare la legalità e la correttezza della richiesta di un'autorità pubblica e può costringere la divulgazione o ordinare un rimedio appropriato in caso di non divulgazione parziale o completa, compreso il rigetto di accuse in procedimenti penali.
- e) Il giudice dovrebbe valutare in modo indipendente se l'autorità pubblica abbia invocato correttamente qualsiasi base per la non divulgazione; il fatto della classificazione non dovrebbe essere conclusivo per quanto riguarda la richiesta di non divulgazione di informazioni. Analogamente, il giudice dovrebbe valutare la natura di qualsiasi danno richiesto dall'autorità pubblica, la probabilità del suo verificarsi e l'interesse pubblico alla divulgazione, conformemente alle norme definite nel Principio 3.

##### Principio 29: Accesso delle parti alle informazioni nei procedimenti penali

- a) Il giudice non può vietare a un convenuto di partecipare al suo processo per motivi di sicurezza nazionale.
- b) In nessun caso dovrebbe una condanna o una privazione della libertà basarsi sulla prova che l'imputato non ha avuto la possibilità di esaminare e confutare.
- c) Nell'interesse della giustizia, un'autorità pubblica deve comunicare al convenuto e all'avvocato del convenuto le accuse nei confronti di una persona qualsiasi informazione a garantire un processo equo, indipendentemente da come le informazioni siano classificate, indipendentemente dal fatto che le informazioni siano classificate, in base ai principi 3-6, 10, 27 e 28, compresa la considerazione degli interessi pubblici.
- d) Qualora l'autorità pubblica rifiuti di divulgare le informazioni necessarie per garantire un equo processo, il giudice deve sospendere o respingere le accuse.

Global Principles on National Security and the Right to Information"  
("the Tshwane Principles") approvati dalla PACE Resolution 1954 (2013)

«In ogni processo equo, l'imputato **deve avere accesso alle prove presentate contro di lui e un'opportunità significativa per confutarle**. È inammissibile, ai sensi delle norme internazionali in materia di diritti umani, trattenere informazioni a discarico [...]. Il trattenimento di informazioni è ammissibile solo se strettamente necessario e sufficientemente controbilanciato da adeguate garanzie procedurali per garantire un equo processo generale. [...] Inoltre, gli Stati devono prestare attenzione a garantire che la presunzione di innocenza non sia compromessa nel contesto dei reati di combattenti terroristi stranieri» (*Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework*, OSCE (ODIHR), 2018, and UN reports on foreign terrorist fighters ).

Per quanto riguarda il diritto a un equo processo nelle cause che riguardano la lotta al terrorismo, vedi ulteriormente *Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration*, pp. 68-71.

In Italia, nessun testimone anonimo è ammissibile. Solo in caso di operazioni sotto copertura la legge consente agli agenti di polizia di dichiarare dinanzi alla Corte le loro identità di copertura. Ciò impatta il diritto dell'imputato a un processo equo in modo meno grave di un testimone pienamente anonimo.

## 4. Applicazione delle sanzioni

### Articolo 15 **Sanzioni applicabili alle persone naturali**

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli da 3 a 12 e all'articolo 14 siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare la consegna o l'estradizione.
2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di terrorismo di cui all'articolo 3, e quelli elencati all'articolo 14, in quanto riconducibili a reati di terrorismo, siano punibili con pene detentive più severe di quelle previste per tali reati dal diritto nazionale in assenza della finalità specifica richiesta a norma dell'articolo 3, salvo qualora le pene previste siano già le pene massime contemplate dal diritto nazionale.
3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati elencati all'articolo 4 siano punibili con la reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni per i reati di cui all'articolo 4, lettera a), e non inferiore a otto anni per i reati di cui all'articolo 4, lettera b). Qualora il reato di terrorismo di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), sia commesso da una persona alla direzione di un gruppo terroristico, come indicato all'articolo 4, lettera a), la pena massima non è inferiore a otto anni.
4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, ove un reato di cui all'articolo 6 o 7 sia diretto verso un minore, si possa tenere conto di tale circostanza, conformemente al diritto nazionale, all'atto della pronuncia della pena.

### Articolo 16 **Circostanze attenuanti**

Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie affinché le sanzioni di cui all'articolo 15 possano essere ridotte nel caso in cui l'autore del reato:

- a) rinunci all'attività terroristica; e
- b) fornisca alle autorità amministrative o giudiziarie informazioni che esse non avrebbero potuto ottenere diversamente e che sono loro utili per:
  - i) prevenire o attenuare gli effetti del reato;
  - ii) identificare o consegnare alla giustizia gli altri autori del reato;
  - iii) acquisire elementi di prova; o
  - iv) impedire che siano commessi altri reati indicati agli articoli da 3 a 12 e all'articolo 14.

## Indicazioni

**I giudici devono garantire che le sanzioni siano proporzionate al reato e al ruolo dell'individuo in esso.**

*Commento:* Come previsto dall'articolo 15 della Direttiva, le sanzioni più severe vengono applicati ai crimini legati al terrorismo in molti Stati a livello globale (comprese le sanzioni obbligatorie in alcuni) a causa della gravità dei reati di terrorismo. L'articolo 16 elenca una serie di circostanze attenuanti in cui i giudici possono ridurre le sanzioni.

In tutta l'Europa, in diversi Stati la stessa condotta con intenti «terroristici» può portare a un forte aumento delle sanzioni. I sistemi variano in base alla flessibilità offerta ai giudici per determinare le sanzioni

e la limitazione della discrezionalità giudiziaria per garantire onerose «sanzioni dissuasive» (UNSC 2178) è stata una caratteristica del diritto e della prassi penale in merito alla lotta al terrorismo in alcuni Stati.

I giudici devono tuttavia garantire la proporzionalità del ricorso al diritto penale e delle sanzioni, in linea con i principi fondamentali in materia di diritti umani. Le ipotesi generali sulla gravità dei reati legati al terrorismo potrebbero non essere appropriate alla luce della portata ampliata di tali reati, che la prassi dimostra può abbracciare forme minori di contributo e/o condotta senza un chiaro intento criminale, nonché crimini molto gravi. Inoltre, se il comportamento in questione è lontano da futuri o pianificati atti terroristici, nella misura in cui l'azione penale è del tutto appropriata, le sanzioni severe potrebbero non essere proporzionate alla gravità del reato. La valutazione giudiziaria di tutti i fatti e le circostanze deve garantire che la sanzione sia commisurata non solo al reato, ma anche al ruolo dell'individuo nel crimine.

## 5. Bambini nel Processo Penale

### Indicazioni

**Per quanto riguarda i minori, i giudici dovrebbero considerare l'interesse principale del minore, anche quando i minori siano indirettamente colpiti da procedimenti legati al terrorismo, come per esempio i procedimenti relativi ai familiari.**

**I bambini devono essere trattati come bambini e soprattutto come vittime e non come autori di reati. I bambini soldato non dovrebbero essere perseguiti per reati, compresi i crimini di guerra.**

**I bambini non devono essere processati come adulti, ma trattati secondo le regole della giustizia minorile. Nei procedimenti giudiziari o nei processi contro i bambini per reati legati al terrorismo, i pubblici ministeri e i giudici devono prendere tutte le misure possibili in loro potere per sostenere l'adattamento del procedimento per garantire che il bambino sia in grado di partecipare efficacemente al procedimento, che le loro esigenze specifiche siano affrontate e che siano rispettati i migliori interessi del bambino.**

*Commento:* Nella prassi, come osservato dal United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), nella lotta al terrorismo l'attenzione sembra essersi spostata verso i bambini quali potenziali minacce. Questo approccio rischia di trascurare il «miglior interesse del bambino» ("Children and counter terrorism", United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), 2016, p. 77, cited in: [Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of Foreign Terrorist Fighters within a Human Rights Framework](#), OSCE (ODIHR), 2018.

Articolo 3(1): l'interesse superiore del minore come considerazione primaria in tutte le azioni riguardanti i bambini. L'articolo si riferisce alle azioni intraprese da «istituzioni sociali pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative o organi legislativi». Il principio richiede misure attive in tutto il governo, il parlamento e la magistratura. Ogni organo legislativo, amministrativo e giudiziario o istituzione è tenuto ad applicare il principio di interesse migliore, considerando sistematicamente come i diritti e gli interessi dei bambini sono o saranno influenzati dalle loro decisioni e azioni - ad esempio, da una proposta di legge o una legge esistente o da una politica o azione amministrativa o decisione giudiziaria, comprese quelle che non sono direttamente interessate ai bambini, ma che indirettamente colpiscono i bambini.

Articolo 12: il diritto del minore di esprimere liberamente le sue opinioni in «tutte le questioni che riguardano il minore», essendo dato il peso dovuto a tali opinioni. Questo principio, che mette in evidenza il ruolo del minore come partecipante attivo alla promozione, alla protezione e al controllo dei suoi diritti, si applica ugualmente a tutte le misure adottate dagli Stati per l'attuazione della Convenzione.

**Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti dell'Infanzia, General Comment No. 5 sulle misure generali di attuazione della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia, par. 12**

L'articolo 9(1) CDI prevede che «Gli Stati parte vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo...». L'articolo 9(2) specifica che « tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni». L'articolo 9(3) rileva l'importanza di mantenere le relazioni personali e il contatto diretto con i genitori e l'articolo 9(4) l'importanza di fornire informazioni ai genitori, al figlio o, se del caso, a un altro membro della famiglia.

Il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti dell'Infanzia ha dichiarato che «(...) ogni minore accusato o riconosciuto di aver violato la legge penale deve essere trattato conformemente alle disposizioni dell'articolo 40 della CDI. Ciò significa che ogni persona di età inferiore ai 18 anni al momento della presunta commissione di un reato deve essere trattata in conformità con le regole della giustizia minorile.» (CDI, General Comment n. 10, par. 37).

I procedimenti devono essere condotti in modo adeguato all'età e senza intimidazioni. «I procedimenti devono essere accessibili e appropriati per i bambini. Occorre prestare particolare attenzione alla fornitura e alla consegna di informazioni a misura di bambino, a un adeguato sostegno all'autodifesa, al personale adeguatamente addestrato, alla progettazione di aule di tribunale, all'abbigliamento di giudici e avvocati, agli schermi e alle sale d'attesa separate.» (CDI, General Comment n. 12, par. 34).

La nozione di bambino associato a una forza armata o a un gruppo armato si riferisce a qualsiasi persona di età inferiore ai 18 anni che è, o che è stata, reclutata o utilizzata da una forza armata o da un gruppo armato in qualsiasi veste che include, ma non si limita, a bambini, ragazzi e ragazze, utilizzati come combattenti, cuochi, facchini, spie o per scopi sessuali (*Paris Principles on the Involvement of Children in Armed Conflict 2007*). Indipendentemente da come i bambini vengono reclutati e dai loro ruoli, i bambini soldato sono vittime, la cui partecipazione al conflitto ha gravi implicazioni per il loro benessere fisico ed emotivo. Sono comunemente oggetto di abusi e la maggior parte di loro testimoniano la morte, l'uccisione e la violenza. (Vedi: *The Six Grave violations*).

Mentre Art. 38 CDI (in linea con il diritto umanitario internazionale e il diritto penale) ritiene quella di 15 anni l'età minima per il reclutamento e l'uso nelle ostilità, l'*Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict* (OPAC) applica l'età di 18 anni (in linea con il diritto internazionale del lavoro). L'approccio della giustizia minorile è caratterizzato da ulteriori garanzie e dall'istituzione di un'età minima di responsabilità penale (Liefwaard T. Juvenile justice from a children's rights perspective. In: Vandenhoe W, Reynaert D, De Smet E, Lembrechts S, editors. *The Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. London: Routledge; 2015).

Art. 39 CDI prevede «*misure per promuovere il recupero fisico e psicologico e il reinserimento sociale di un minore vittima*» di, fra le altre cose, conflitti armati. Art. 6 OPAC stabilisce in modo più ristretto che i bambini che sono stati reclutati o utilizzati in ostilità in violazione del Protocollo (quindi non un qualsiasi minore vittima) possono beneficiare di «*assistenza per il loro recupero fisico e psicologico e il loro reinserimento sociale*».

La Direttiva sui Diritti della Vittima 2012/29/EU prevede che ove la vittima sia un bambino, l'interesse del minore è una considerazione primaria e deve essere valutato su base individuale. Si privilegia un approccio rispettoso delle esigenze del minore, che ne tenga in considerazione età, maturità, opinioni, necessità e preoccupazioni(...).

I bambini non nazionali come quelli nei campi in Siria/Iraq non sono un gruppo omogeneo, e c'è il rischio che in pratica siano etichettati in modo fuorviante come «combattenti stranieri» / bambini soldato, figli di «combattenti stranieri», vittime della tratta o vittime di crimini internazionali. Tutti questi minori si trovano in una situazione vulnerabile, vivendo in condizioni terribili, e sono spesso traumatizzati. La risoluzione SC 24/27 stabilisce che i bambini reclutati in situazioni di conflitto armato dovrebbero essere trattati principalmente come vittime.

## 6. Cooperazione Giudiziale

Ai sensi dell'articolo 22 della Direttiva, l'articolo 2.6 della Decisione del Consiglio 2005/671/JHA del 20 settembre 2005 sullo scambio di informazioni e di cooperazione in materia di reati terroristici è modificato per prevedere che:

"6. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che le informazioni pertinenti raccolte dalle sue autorità competenti nel quadro di procedimenti penali collegati a reati di terrorismo siano accessibili il più rapidamente possibile alle autorità competenti di un altro Stato membro, quando dette informazioni potrebbero essere utilizzate a fini di prevenzione, accertamento, indagine o azione penale in relazione ai reati di terrorismo di cui alla Direttiva (UE) 2017/541 in tale Stato membro, su richiesta o a titolo spontaneo, conformemente al diritto nazionale e ai pertinenti strumenti giuridici internazionali.

7. Il paragrafo 6 non si applica qualora la condivisione di informazioni comprometta le indagini in corso o la sicurezza di una persona, o qualora sia in contrasto con gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato membro interessato.

8. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le loro autorità competenti adottino, all'atto del ricevimento delle informazioni di cui al paragrafo 6, misure tempestive conformemente al proprio diritto nazionale, secondo necessità."

### Indicazioni

**I giudici o i pubblici ministeri non devono autorizzare o sostenere l'espulsione o l'estradizione di una persona per la quale vi sono motivi sostanziali per ritenere che esiste un rischio reale di una grave violazione dei loro diritti umani (come la tortura, il trattamento o la punizione crudele, inumana o degradante, il diritto alla vita, la flagrante negazione della giustizia, la flagrante negazione del diritto alla libertà) o che la loro vita o libertà sarebbero minacciate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o opinione politica ai sensi della Convenzione sui Rifugiati.**

**Non è consentita alcuna eccezione al divieto di «refoulement», anche per motivi di sicurezza nazionale, ordine pubblico, sanità pubblica, ordine pubblico o terrorismo. I giudici e i pubblici ministeri devono verificare l'esistenza dei «motivi sostanziali per ritenere» che il rischio esista e non l'effettiva esistenza del rischio stesso.**

**Il dovere di garantire che i diritti non vengano violati attraverso la cooperazione si applica anche nei casi in cui vi sia fiducia reciproca tra i due paesi.**

**I giudici e i pubblici ministeri che si occupano delle procedure di estradizione o di espulsione devono valutare l'esistenza del rischio di refoulement di propria iniziativa senza richiedere che venga sollevato dalla persona interessata.**

**I giudici e i pubblici ministeri che esaminano le richieste di estradizione dovrebbero tenere conto del fatto che le garanzie diplomatiche non possono servire come una protezione efficace quando vi sono motivi per ritenere che la persona possa essere a rischio reale di essere soggetta a gravi violazioni.**

**Quando si considera una richiesta di estradizione, è importante che i giudici valutino il suo potenziale impatto sul diritto alla vita familiare della persona interessata e dei loro familiari e prestare particolare attenzione all'impatto sui bambini. L'interesse superiore del minore – se una persona di età inferiore ai 18 anni è interessata nel caso – deve essere il principio guida fondamentale in considerazione di tutte le decisioni che riguardano il bambino.**

**Le informazioni non devono essere fornite alle autorità di contrasto, pubblici ministeri o autorità giudiziarie di un altro Stato in cui possono essere utilizzate in violazione dei diritti umani, anche per ottenere una condanna attraverso un processo ingiusto. Le accuse secondo le quali questo possa essere avvenuto devono essere esaminate alla luce della situazione generale dei diritti umani nel paese e delle circostanze particolari del caso. Le informazioni non devono essere regolarmente scambiate dalle forze dell'ordine, agenzie di intelligence, pubblici ministeri o magistrati inquirenti senza garanzie che assicurino una valutazione preventiva del rischio che le informazioni vengano utilizzate in violazione dei diritti umani in ogni caso.**

*Commento:* La Direttiva UE 2017/541 sulla lotta al terrorismo incoraggia una forte risposta coordinata e una cooperazione all'interno e tra gli Stati membri per contrastare il terrorismo (rafforzata nei considerando 24-26). Nell'eseguire questa cooperazione, attraverso l'estradizione, l'assistenza legale reciproca e lo scambio di informazioni, gli Stati sono tuttavia vincolati dai loro obblighi in materia di diritti umani.

Il principio del non refoulement è ben consolidato nel diritto internazionale dei diritti umani, in cui si applica a tutti i trasferimenti di cittadini o stranieri, nonché ai rifugiati (Articolo 33 1951 Convenzione sui Rifugiati). La Convenzione contro la Tortura afferma esplicitamente nell'articolo 3: «*Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischi di essere sottoposta a tortura..... Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo*».

I tribunali e i tribunali internazionali hanno ritenuto che il principio del non refoulement si applichi ai rischi di violazione di una serie di diritti diversi. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito gli obblighi degli stati nella giurisprudenza della CEDU, il che chiarisce l'obbligo di non trasferire le persone in Stati in cui esiste un rischio reale di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti (Chahal v UK), una flagrante negazione della giustizia nei processi per terrorismo (ECtHR, *Othman v. UK*) e di prolungata detenzione arbitraria (ECtHR, *Abu Zubaydah v Poland/Lithuania*). Tra i fattori da tenere in considerazione è il luogo in cui vi è rischio particolare per la categoria di persone associate al terrorismo (ECtHR, *Chahal v. UK*). I diritti comportano l'opportunità di contestare in modo significativo l'estradizione; di fronte ai rischi per i diritti non derogabili, questo diritto è di per sé uno di quelli non-derogabili.

Il principio della doppia incriminazione richiede generalmente un'equivalenza dei reati nei sistemi penali dei due paesi (quello che riceve e quello che invia), che non deve essere nel nome preciso o nella definizione del reato, ma nella condotta concretamente. I pubblici ministeri e i giudici dovrebbero essere consapevoli del fatto che, come chiarisce una recente controversia belga/spagnola per l'estradizione, l'accusa per reati di nuovo conio - e come indicato in precedenza - come ad esempio la glorificazione del terrorismo può contribuire alla difficoltà di estradizione quando altri Stati non prevedono queste ipotesi nel diritto interno. Le preoccupazioni in materia di diritti umani in merito alla portata dei reati e al principio di legalità o di altri diritti creano ostacoli alla cooperazione nell'ambito di tali fattispecie.

Nel caso di Valtòny, un rapper spagnolo, un tribunale belga di primo grado ha rifiutato l'estradizione in quanto la glorificazione degli atti commessi più di 40 anni fa non costituisce reato ai sensi del diritto belga e non rientra nella definizione di «terrorismo» secondo la Decisione Quadro sul Mandato d'Arresto Europeo. Il 3 marzo 2020 è stato confermato dalla CEDU, alla quale il giudice belga aveva sottoposto un rinvio pregiudiziale, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve prendere in considerazione la legge dello Stato membro emittente nella versione applicabile al momento dei fatti e non una versione successiva più severa della legge.

All'interno dell'Unione Europea, il Mandato d'Arresto Europeo (MAE) istituisce un quadro giuridico per l'estradizione tra i suoi Stati membri, al fine di facilitare l'estradizione e la comunicazione diretta tra i tribunali nazionali a tale scopo. Il MAE si basa sulla fiducia reciproca o, come caratterizzato nella decisione quadro, su un «alto livello di fiducia» tra gli Stati membri per quanto riguarda il rispetto degli obblighi dei loro sistemi di giustizia penale in materia di diritti umani ai sensi del diritto nazionale e internazionale.

Il MAE e il concetto di fiducia reciproca non sostituiscono gli obblighi ai sensi del diritto internazionale in materia di diritti umani di cui sopra. Nel 2016, la Grande Camera della Corte di Giustizia dell'UE ha respinto l'applicazione automatica del principio di fiducia reciproca e ha ritenuto che la sua applicazione cieca non rispetta gli obblighi degli Stati membri dell'UE ai sensi della Carta dei Diritti Fondamentali (*Pál Aranyosi and Robert Căldăraru*, CGEU, par. 94, ICJ, *Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law*, p.33).

Inoltre, il 25 luglio 2018, la CGEU ha stabilito che quando uno Stato riceve un Mandato Europeo D'Arresto e ha materiale che indica che esiste un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un processo equo (articolo 47 CDFUE), a causa di carenze sistemiche o generalizzate nell'indipendenza della magistratura dello Stato membro emittente, tale Stato deve determinare se esiste il rischio di un processo ingiusto. La CGEU ha pronunciato la sua sentenza sulla mancata esecuzione dei Mandati d'Arresto Europeo (MAE) in caso di carenze sistemiche riguardanti l'indipendenza della magistratura (*Case C-216/18 PPU ["LM"]*), a seguito del deferimento da parte dell'Alta Corte irlandese, che dubitava che la consegna di un cittadino polacco alla Polonia rispettasse i diritti fondamentali dell'UE in vista della «riforma giudiziaria»

in Polonia e della procedura di cui all'articolo 7(1) avviata dalla Commissione Europea (per la causa, vedi [eucrim 1-2018](#), p. 31).

I gravi rischi per i diritti umani in altri Stati nel contesto del terrorismo devono anche informare gli approcci ad altre forme di cooperazione, come l'assistenza legale reciproca o la condivisione delle informazioni. La condivisione delle informazioni è fondamentale per l'efficacia dell'applicazione della legge penale, e il considerando 25 afferma che: *«gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le informazioni pertinenti raccolte dalle loro autorità competenti nel quadro di un procedimento penale, ad esempio autorità di contrasto, procuratori e giudici istruttori, siano rese accessibili alle autorità competenti di un altro Stato membro per le quali essi ritengano che tali informazioni possano essere pertinenti. Come minimo, tali informazioni pertinenti dovrebbero comprendere, a seconda dei casi, le informazioni trasmesse ad Europol o ad Eurojust in conformità della decisione 2005/671/GAI».*

Tale scambio di informazioni è tuttavia, come per altre disposizioni della Direttiva, soggetto alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, agli obblighi internazionali in materia di diritti umani dello Stato (considerando 35) e ai diritti degli indagati o degli imputati ai sensi del diritto dell'UE (considerando 36), comprese le direttive sui diritti procedurali (vedi le Direttive dell'UE sul [diritto all'informazione](#), il [diritto all'interpretazione e alla traduzione](#), il [diritto ad avere un avvocato](#), il [diritto di essere presunto innocente e di essere presente al processo](#), [garanzie speciali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali](#) e il [diritto al patrocinio gratuito](#)). Inoltre, come il considerando 25 specificamente riconosce: "Esso è soggetto alle norme dell'Unione in materia di protezione dei dati di cui alla direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, fatte salve le norme dell'Unione sulla cooperazione tra le autorità nazionali competenti nel quadro di procedimenti penali, quali quelle di cui alla Direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio o alla decisione quadro 2006/960/GAI». Va inoltre tenuto presente che la fornitura di prove o di un altro sostegno diretto e concreto a processi di terrorismo palesemente ingiusti può equivalere a concorrere negli atti ingiusti da parte di altri Stati (articolo 16 ILC Articles).



