

CAPITOLO 1

DIRITTI FONDAMENTALI E TERRORISMO: UNA PROSPETTIVA SOVRANAZIONALE

Sommario: Sezione I - Il piano europeo. Introduzione – 2. La possibilità di derogare agli obblighi *ex* CEDU: l'articolo 15. Il caso CEDU, 1961, *Lawless v Ireland*. Il caso CEDU, 1993, *Brannigan and Macbride v United Kingdom* - 3. Gli articoli 83 e 222 TFUE nell'ambito della cooperazione in materia penale – 4. Analisi sull'*Area of Freedom, Security and Justice* (c.d. "AFSJ") – 5. La legislazione europea nella lotta al terrorismo: implicazioni in materia di *privacy* – 5.1 La decisione quadro 2002/475/GAI e la Direttiva PNR – 5.2 La *privacy* e il trattamento dati tra Unione europea comunità internazionale - 6. Il contrasto al terrorismo e i diritti patrimoniali: il congelamento dei capitali nel "caso *Kadi*" e il "caso LTTE" - 7. Ancora sulla normativa europea del congelamento dei capitali: il "caso *LTTE*" - 8. Il fondamentalismo islamico e la "black list": il "caso *Hamas*" – Sezione II – Il piano internazionale - 1. La Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2178/2014 – 2. Analisi sull'assenza di una definizione universale di "terrorismo" – 3. L'11 settembre come spartiacque della legislazione di *counter-terrorism*. – 3.1 Il caso di Guantanamo Bay – 3.2 Il diritto internazionale dei conflitti armati – 4. Considerazioni conclusive.

Sezione I - IL PIANO EUROPEO

1. Introduzione

L'articolo 117 della Costituzione, al primo comma, stabilisce che lo Stato italiano nella sua vita giuridica e politica deve far fronte ad obblighi di natura internazionale,¹ alcuni tra i quali scaturenti dalla sua appartenenza all'Unione Europea. Tale organizzazione

¹ "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

internazionale non è solo un insieme di Stati che decidono di collaborare o favorire i commerci, è un vero e proprio ordinamento *sui generis*.

È certamente nata come cooperazione prettamente commerciale, ma ad oggi le implicazioni del far parte dell'Unione sono molto più complesse. Dopo la stipula del Trattato di Lisbona del 2007 infatti, gli Stati europei hanno stabilito una serie di legami che vanno ben oltre l'abbattimento delle frontiere doganali. Tra le novità si ricordano l'istituzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), la formulazione del principio di sussidiarietà, l'introduzione di una politica di difesa comune.²

Gli Stati membri dell'Unione Europea, inoltre, possono generare le cosiddette "cooperazioni rafforzate", trattati cioè interni all'UE valevoli solo per le parti contraenti e che costituiscono di fatto ulteriori rapporti transnazionali all'interno dell'Unione.³

Si intreccia al sistema dell'Unione Europea il Consiglio d'Europa, costituito da 47 Stati, dei quali 28 euro-unitari. Il documento di riferimento di tale Consiglio è la cosiddetta CEDU, ossia la Convenzione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, stipulata a Roma nel 1950, la quale contiene disposizioni interessanti riguardo la tutela dei diritti

² *Il Trattato di Lisbona*, in *europarl.europa.eu*.

³ Si accenna a questo in quanto nella lotta al terrorismo esiste un tipo di cooperazione rafforzata, il Trattato di Prüm o Schengen II, stipulato nel 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Granducato del Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria. Lo scopo principale di questa cooperazione è l'intensificazione del controllo delle frontiere per combattere più efficacemente il terrorismo, criminalità internazionale e immigrazione clandestina. Tale controllo, si dice nel Trattato, dovrebbe tenere conto dell'esistente Trattato di Schengen, di fatto sviluppandolo al fine di creare una legislazione quanto più possibile comune. Il Trattato è aperto all'adesione degli altri Stati europei, ragione per la quale è utile prenderlo in considerazione, in quanto potenzialmente destinato ad espandere il proprio ambito di applicazione. Più nello specifico, tale Trattato prevede uno scambio di informazioni riguardo i dati sul DNA, registro delle targhe automobilistiche, le misure contro il terrorismo, il trasporto di armi e munizioni, l'immigrazione illegale. Per combattere il fenomeno del terrorismo, si prevede che gli Stati possano trasmettere agli altri contraenti dati e informazioni personali anche in assenza di richiesta esplicita nel caso di sospette azioni di matrice terroristica (si abbisogna di alcune condizioni particolari che giustifichino tale compressione di privacy). Non solo, si prevede anche che il trasporto di armi sia controllato, in due accezioni: "i. Coloro che le trasportano non sbarchino con esse dall'aereo all'aeroporto o entrino nell'area di sicurezza di accesso riservato senza l'accompagnamento di un rappresentante della competente autorità; ii. Armi e munizioni trasportate, subito dopo lo sbarco dall'aereo e sotto scorta, devono essere depositate per la custodia sotto sorveglianza designata dalla competente autorità nazionale". (P. BALBO, *Trattato di Prüm o Schengen II*, in *antoniocasella.eu*, 2008).

fondamentali dell'uomo, e che è entrata di diritto tra le fonti dell'Unione Europea attraverso il suo riconoscimento formale all'interno del già citato Trattato di Lisbona.

Organi giudiziari preposti alla risoluzione delle controversie a livello europeo e interpretazione dei trattati di riferimento sono, da un lato, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sede a Lussemburgo la cui competenza è per l'appunto statuire su controversie, rinvii pregiudiziali e fornire interpretazioni dei Trattati TUE e TFUE e sulle altre fonti comunitarie, e dall'altro, la Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha sede a Strasburgo. Si ritiene questa Corte di centrale importanza nella disamina delle possibili deroghe ai diritti umani fondamentali in caso di terrorismo in quanto rimangono famosi alcuni casi da questa affrontati.⁴

Tra questi si analizzeranno alcuni eclatanti casi giurisprudenziali al fine di svolgere un'analisi quanto più completa possibile.

Con riguardo al terrorismo, l'Unione Europea non aveva emanato alcuna disciplina specifica prima dell'11 settembre 2001. Tuttavia, nel 2002, nel mese di giugno, il Consiglio Europeo ha elaborato un *framework* di disposizioni al fine di combattere il terrorismo; l'articolo 2 del *framework* stabilisce che gli Stati hanno il diritto “*to take necessary measures upon those participating in the activities of a terrorist group, which included funding, and the supply of information*”. Nel 2008 il Consiglio ha previsto un altro *framework* alla luce dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea.⁵ In questa sede

⁴ Come si vedrà infatti, la Corte è stata spesso chiamata a giudicare riguardo la presunta violazione dell'articolo 15, il quale dispone la possibilità di derogare agli obblighi di cui alla Convenzione in caso di situazioni di emergenza quali attacchi terroristici.

⁵ “1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

è stato previsto l'innalzamento a penalmente rilevante a condotte quali “*public provocation to commit a terrorist offense*”, “*recruitment for terrorism*” e “*training for terrorism*”.

A livello normativo, il documento di riferimento a livello regionale è la Convenzione per la Prevenzione degli Atti di Terrorismo emanata nel 2005, all'indomani dell'aggravamento dell'emergenza terroristica nel territorio europeo.

2. La possibilità di derogare agli obblighi ex CEDU: l'articolo 15. Il caso CEDU, 1961, *Lawless v Ireland*. Il caso CEDU, 1993, *Brannigan and Macbride v United Kingdom*.

“1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2⁶, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3⁷, 4 § 1⁸ e 7⁹.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

⁶ Dove è stabilito il diritto alla vita.

⁷ Riguarda il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, pratiche non percorribili in nessun caso, a prescindere dall'emergenza in atto.

⁸ “Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o servitù”.

⁹ Nel presente articolo si trova il principio *nulla poena sine lege*, a tutela dell'individuo contro arbitrarie carcerazioni in caso di situazioni emergenziali.

che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione”.

Questo il testo dell'art 15 della Convenzione, il quale prevede una sorta di valvola di sicurezza nel caso in cui situazioni particolarmente instabili all'interno di uno Stato non permettano al governo centrale di assolvere gli obblighi della Convenzione.

Il comma primo, infatti, si riferisce a guerra o “*altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*”. Se la guerra è un termine che presenta tratti caratteristici, l’“*altro pericolo pubblico*” costituisce termine spiccatamente elastico, in cui possono essere fatte rientrare molteplici ipotesi. Parametro per giudicare quando un “pericolo pubblico” è tale da giustificare misure derogatorie agli obblighi convenzionali è la minaccia alla vita della nazione, minaccia perciò all'ordinamento nel suo complesso e da cui deriva una condizione di instabilità estrema. Il terrorismo rappresenta certamente un caso di “pericolo pubblico” atto a minacciare la vita di una nazione se attacchi terroristici avvengono nel territorio nazionale di un membro del Consiglio d'Europa. Si vedrà come la Corte EDU sia stata chiamata a giudicare le misure derogatorie alla luce delle situazioni particolari del singolo Stato, a volte ritenendole giustificate richiamando proprio l'articolo 15.

Il caso *Lawless v Ireland* è risalente ma comunque degno di nota. Tale pronuncia si presenta come la prima occasione per la Corte Europea dei diritti dell'uomo di stabilire l'ambito di applicazione dell'articolo 15 della Convenzione e tracciare (anche se non in maniera puntuale e definitiva) i confini del concetto di “*public emergency*”.¹⁰ Il “pericolo pubblico” è giustificabile se minaccia la società nella sua interezza, se si presenta come pericolo imminente ed eccezionale¹¹; se, in altre parole, il governo centrale ha necessità di servirsi di un certo margine di apprezzamento nel prevedere misure che derogando agli

¹⁰ E. CRYSLER, *Brannigan and McBride v. UK: a new direction on article 15 derogations under the European Convention on Human Rights?*, in *Revue belge de droit international*, 1994.

¹¹ *Ibidem*.

obblighi convenzionali siano idonee a risolvere o quantomeno arginare la situazione di emergenza.

I parametri appena delineati sono in effetti i criteri utilizzati nel caso di specie per valutare la legittimità (o meno) dei rimedi presi dal governo irlandese:

- a. Eccezionale ed imminente pericolo;
- b. Effetti sul pubblico in generale;
- c. Minaccia all'intera società.¹²

Non sono mancate opinioni dissenzienti per le quali la “*public emergency*” si riduce allo stato di guerra o altro equipollente, facendo notare invece come in Irlanda il pericolo fosse circoscritto ad una parte del territorio nel quale il governo avrebbe potuto utilizzare i rimedi ordinari di lotta alla criminalità.¹³

Il caso *Brannigan and McBride v United Kingdom* riguarda due sospetti terroristi appartenenti all'IRA (*Irish Republican Army*) e la loro presunta illegittima detenzione, superiore al termine di giorni consentito. Il Regno Unito nel 1984 aveva varato il *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* al dichiarato fine di prendere misure emergenziali invocando l'art 15 CEDU. I ricorrenti lamentano una violazione dell'articolo 5 laddove viene previsto che i sospetti terroristi debbano essere tempestivamente portati innanzi ad un giudice per essere sentiti, al fine di tutelare il diritto alla libertà personale dell'individuo. Ciò non viene fatto proprio alla luce dell'articolo 15 CEDU di carattere derogatorio rispetto alle previsioni dell'intera (o quasi)¹⁴ Convenzione.

¹² Tali criteri sono utilizzati dalla Commissione per definire in maniera compiuta il pericolo pubblico, in un caso del 1967 di Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi contro la Grecia. Qui “public emergency” risulta esistente se: i. Il pericolo è grave e imminente; ii. Gli effetti di questo coinvolgono l'intera nazione; iii. La continuazione della vita organizzata della comunità è messa a repentaglio; vi. La crisi o il pericolo devono essere eccezionali, tali che misure o restrizioni permesse dalla Convenzione per il mantenimento della pubblica sicurezza e ordine risultano assolutamente inadeguate.

¹³ E. CRYSLER, *Brannigan and McBride v. UK: a new direction on article 15 derogations under the European Convention on Human Rights?*, in *Revue belge de droit international*, 1994.

¹⁴ Ricordiamo come infatti vi siano alcune limitate eccezioni di disposizioni della Convenzione non derogabili neppure a fronte di situazioni emergenziali.

La questione in sostanza diventa per questo motivo stabilire se effettivamente il *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* 1984 prevedendo misure derogatorie agli obblighi della Convenzione sia giustificato da una situazione di pericolo.

In effetti in quegli anni la situazione nord-irlandese presentava caratteri sufficientemente gravi da giustificare una tale reazione da parte del governo.¹⁵ Così ragiona la Corte nel non ritenere violato l'articolo 5 della Convenzione. L'arresto e detenzione prolungata dei sospettati infatti sin dal 1974 è considerato legittimo al fine di combattere il terrorismo in territorio nord-irlandese.

Un problema poi scaturente dalla situazione instabile è rappresentato dalla debolezza dell'apparato giudiziario e dalla sua di fatto sottomissione alla minaccia terrorista. Questo contribuisce nella scelta tra il controllo giudiziario precedente all'incarcerazione e la deroga *ex* articolo 15 CEDU, giustificato per l'appunto dalla situazione di disordine dell'epoca.

¹⁵ La situazione si presentava nei caratteri di guerriglia. I “*troubles*” (“disordini”, così come suole essere indicata la vicenda) nacquero negli anni sessanta del secolo scorso e continuati per circa trent'anni. A seguito della divisione del territorio irlandese con il settentrione sotto dominio inglese, la popolazione cattolica subì una forte discriminazione da parte dell'ala protestante che faceva ovviamente capo al governo inglese. Venne così creata la NICRA, *Northern Ireland Civil Rights Association*, per alcuni associazione fantoccio pensata ad hoc per nascondere le azioni del gruppo armato dell'IRA (Irish Republican Army). A seguito di alcuni episodi anche molto sanguinosi, una parte dell'IRA si distaccò creando la Provisional IRA accanto alla *Official IRA* (TRECCANI, voce *IRA*, in *Enciclopedia online*), costituendo una contrapposizione di schieramenti militari: PIRA e OIRA da parte irlandese, UVF (*Ulster Volunteer Force*) e UDA (*Ulster Defence Association*), nota con il nome UFF (*Ulster Freedom Fighters*), da parte protestante.

Nel 1971 iniziarono i fermi senza processo che non fecero altro che dare nuova linfa all'IRA (non a caso il 1972 rappresenta l'anno in cui fu registrato il numero più alto di vittime). Gli anni successivi videro un crescendo di attentati e violenze, soprattutto dopo la scoperta di un peschereccio colmo di armi destinate alle file dell'IRA, ai quali il governo rispose con l'emanazione del *Prevention of Terrorism Act* 1974 e l'*Emergency Provisions Act* 1973, lesivi dei diritti civili fondamentali. A seguito di altri anni caratterizzati da attacchi terroristici e risposte armate da parte dell'esercito la fine delle ostilità sembrò raggiunta nei primi anni 2000, quando nel 2005 l'IRA comunicò di aver cessato la lotta armata (M. ARIENTI, *Irlanda del Nord (I): storia di un conflitto*, 2000). Tuttavia, nel 2017 è stato trovato un ordigno davanti ad una scuola elementare (fortunatamente disinnescato prontamente) che alcuni ritengono lo sventato attacco attribuibile ad alcuni esponenti dell'IRA.

Ciò che, infine, rende legittime le misure intraprese dal governo inglese, è il rimedio dell'*habeas corpus*¹⁶ che soddisfa i criteri dell'articolo 13 CEDU, dove si prevede il diritto dell'individuo ad un ricorso effettivo “*davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*”.

Per questi motivi, la situazione manifestamente emergenziale a causa dei ripetuti attentati avvenuti nel territorio, giustifica appieno la decisione del governo del Regno Unito di prevedere misure derogatorie agli obblighi convenzionali *ex art 15 CEDU*.

3. Gli articoli 83 e 222 TFUE nell'ambito della cooperazione in materia penale

Quando si tratta di crimini quali il terrorismo, si deve tenere presente che non si inseriscono in una logica territoriale nazionale, ma spesso coinvolgono diversi Paesi, ciascuno dei quali con il proprio autonomo ordinamento penale e processuale penale. Si rende così necessaria, almeno all'interno dell'Unione in quanto ordinamento sovranazionale, la cooperazione e il dialogo tra i diversi Stati membri allo scopo di coordinare le indagini e l'irrogazione della sanzione. Tale cooperazione però, resa ancor più necessaria dall'esistenza dell'ASFJ¹⁷, genera anche il rischio che i diritti fondamentali dell'individuo (certamente previsti e tutelati a livello costituzionale nei vari ordinamenti

¹⁶ L'*habeas corpus* rappresenta rimedio efficace in quanto difensore dell'inviolabilità personale. Si prevede infatti che al momento dell'arresto vengano comunicate le ragioni di tale atto. La tutela dell'*habeas corpus* è andata estendendosi dal solo procedimento penale alla materia civile e prevedendo la immediata messa in libertà dell'arrestato nel caso in cui questi fornisca cauzione (TRECCANI, voce *Habeas Corpus*, in *Enciclopedie online*).

¹⁷ Per approfondimenti, v. *infra* § 7.

nell'ambito delle attività domestiche) vengano in qualche modo affievoliti proprio al dichiarato fine di cooperare con altri ordinamenti.¹⁸

Ai fini della comprensione del modo in cui l'Unione protegge i suoi cittadini dalla minaccia del terrorismo utilizzando una cooperazione che non sia lesiva dei diritti fondamentali, risulta necessario intrecciare la competenza UE ex 83 TFUE riguardante nello specifico il diritto penale sostanziale. Nell'ambito dell'armonizzazione comunitaria, infatti, si è giunti a prevedere dopo un lungo dibattito una specifica competenza sovranazionale in campo penale e processuale penale per reati con carattere transnazionale,¹⁹ i cosiddetti “*Euro crimes*”.

L'approccio alla criminalità organizzata transnazionale non è andata esente da critiche: lo stesso Parlamento Europeo, al paragrafo 7 della Risoluzione 459 del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea (2010/2309(INI)) ha sottolineato l'inefficacia della decisione quadro 2008/841/GAI la quale non è risultata sufficiente per la creazione ed implementazione delle legislazioni nazionali e cooperazione tra Stati nella lotta alla criminalità internazionale. Viene inoltre richiesto alla Commissione di redigere una definizione di *organised crime* considerando le caratteristiche peculiari del fenomeno e le nuove tipologie di questo.

Al primo comma dell'articolo 83 si legge:

“Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”.

¹⁸ R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014, p. 101.

¹⁹ F. PREITE – A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *Atti Notarili - Diritto comunitario e internazionale*, vol. III, UTET, Torino, 2011, p. 184.

Nei settori indicati al comma successivo, in cui si cita anche il terrorismo, l'Unione ha competenza "originaria" nel dettare le regole. Si noti peraltro come gli Stati in gran parte già abbiano apparati di norme anche per le materie indicate all'articolo 83. Ciò che desta perplessità in una parte della dottrina è la mancanza di chiarezza della disposizione stessa, la quale cita le forme associate di criminalità in un insieme eterogeneo e quasi disordinato di reati. Oltretutto, l'articolo 83 risulta chiaro solamente nelle parti in cui si richiede l'adozione di regole minime, lungi dall'essere uno strumento di armonizzazione in questo senso.²⁰

Unico strumento vincolante ad oggi risulta essere la Decisione quadro 2008/841/GAI in materia di lotta alla criminalità organizzata. Anch'essa tuttavia non è esente da critiche, a causa della sua vaghezza, stridendo con il principio della certezza del diritto.²¹

Ciò che sembra servire all'Unione quindi, è l'emanazione di un testo con efficacia vincolante quanto più chiaro possibile, che tenga allo stesso tempo conto della libertà dell'individuo e degli altri diritti fondamentali così come sanciti dalle numerose Convenzioni sovranazionali e facenti parte degli assetti costituzionali degli Stati membri. Così come avviene per le disposizioni di carattere processuale di cui all'articolo 82, anche per le previsioni di diritto penale sostanziale dell'articolo 83 sono possibili integrazioni adottate all'unanimità da parte del Consiglio previa approvazione del Parlamento.

Interessante notare come la modifica dei Trattati di Lisbona prevedano sempre più competenze dell'Unione incidenti sulla condizione della persona. Oltretutto, un cambio di rotta considerevole si osserva nell'ordine dell'elencazione delle finalità dell'Unione di cui all'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea: infatti, se dapprima i fini mercantili erano considerati in prima posizione e solo a seguire si avevano i fini "politici", si è avuta

²⁰ Al-Aqua/Consiglio C-539/10 P e C-550/10 P EU:C:2012:711, punto 130.

M. HEIKKILÄ - M. MUSTANIEMI-LAAKSO – S. EGAN - G. FINLAY - T. LEWIS, L. M. HESCHL - S. SALOMON - J. PLANITZER – H. SAX, *Critically assessing human rights integration in AFSJ policies*, 2015, p. 139.

²¹ F. CALDERONI, *A Definition That Does Not Work: The Impact of the EU Framework Decision on the Fight against Organized Crime*, *Common Market Law Review* 1372, 2012.

un'inversione di tendenza, ponendosi oggi i fini ispirati al principio personalistico in posizione sovraordinata rispetto a quelli legati al mercato comune. Ciò non è certo un caso, ma risponde alla volontà degli Stati membri di considerare l'Unione come baluardo di quell'insieme di valori espressi nello stesso TUE, all'articolo 2 (il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti umani).²²

Altro snodo della lotta al terrorismo quale crimine che travalica i confini nazionali è l'articolo 222 riguardante la solidarietà tra gli Stati in caso di attacco terroristico o calamità naturali.

Al primo comma del citato articolo, l'Unione Europea si impegna ad utilizzare i mezzi a propria disposizione (compresi quelli militari) al fine di scongiurare un eventuale attacco, proteggendo *ex ante* le istituzioni democratiche e la popolazione civile. Al secondo comma la clausola di solidarietà prevede *ex post* che gli Stati membri prestino assistenza ai paesi vittime di attacchi qualora ne facciano richiesta.

Le disposizioni ivi contenute sono riprese anche dal Programma Stoccolma del 2010 (di cui si vedrà a breve) al paragrafo 1.1, in cui “*l'Unione deve inoltre basare i suoi lavori sulla solidarietà tra Stati membri e avvalersi appieno dell'articolo 222 del TFUE*” al fine di sviluppare un'Europa sicura per i propri cittadini. Ma a quale costo si raggiunge un tale obiettivo?

4. Analisi sull'Area of Freedom, Security and Justice (c.d. “AFSJ”)

L'Unione Europea, che come noto nasce come organizzazione economica, subisce un cambiamento di vedute, soprattutto negli anni '90 dello scorso secolo, per cui centro

²² R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014, p. 106-107.

dell'attenzione non è più tanto e solo il mercato unico e la cooperazione economica, ma anche la creazione di uno spazio in cui i diritti della persona siano tutelati di pari passo con lo sviluppo dell'apparato economico. In tempi recenti sempre di più si è sentita la necessità di creare un ambiente di sicurezza che potesse costituire per i cittadini “corazza di protezione” in determinati settori, ragione per la quale nel Trattato di Amsterdam del 1997, viene introdotta la cosiddetta AFSJ, l'*Area of Freedom, Security and Justice*. L'*Area of Freedom, Security and Justice* (in italiano SLSG, Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia) ha come scopo proprio quello di dare sicurezza in settori quale l'immigrazione clandestina e il controllo delle frontiere al fine di combattere criminalità internazionale e reati gravi quali il terrorismo.

Per la verità, una forma di cooperazione europea in materia di lotta alla criminalità internazionale esisteva già negli anni '70-'80. Il Consiglio Europeo nel 1975 aveva infatti istituito il cosiddetto gruppo TREVI (“terrorismo, radicalismo, estremismo e violenza internazionale”), non facente tuttavia direttamente parte delle istituzioni europee, ma aveva i caratteri di una cooperazione informale che permetteva il mantenimento degli interessi particolari degli Stati membri aderenti. L'ufficializzazione di tale accordo avviene proprio con la creazione del “terzo pilastro” GAI, volto ad implementare l'AFSJ.²³

Si ritrova l'*Area* al secondo comma dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea: “L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”. Da notare la caratteristica di tale *Area* di essere *key objective* dell'Unione, rendendosi così chiaro che almeno in potenza gli Stati membri hanno inteso creare una cooperazione che prevedesse all'interno della libera circolazione delle persone un limite costituito dall'esigenza di sicurezza.

²³N. CHIPA, *L'Ufficio Europeo di Polizia*, in *difesa.it*, 2002.

Gli attacchi di Parigi del 2015 all’editoria Charlie Hebdo e alla sala da spettacolo Bataclan hanno avuto conseguenze in tutta Europa, non solo in Francia dove l’esigenza di tutela dei cittadini si è presentata con maggior fervore, unitamente alla necessità di individuare i colpevoli datsi alla fuga. Questo, unitamente alla crisi dei rifugiati, ha portato alla creazione di “piani d’azione” nell’ambito dell’AFSJ.²⁴

Generalmente, quando si parla di AFSJ si tende a scindere il periodo di attività di questo in tre periodi, il periodo Tampere, il periodo L’Aja e il periodo Stoccolma, corrispondenti ai programmi quinquennali ideati in occasione dei summit del Consiglio Europeo a, per l’appunto, Tampere nel 1999²⁵, L’Aja nel 2004²⁶ e Stoccolma nel 2009²⁷. Da notare come il programma Stoccolma sia stato ritenuto troppo dettagliato e nella forma quasi di una

²⁴ S. LÉONARD, *Beyond Stockholm: in search of a strategy for the European Union's Area of Freedom, Security, and Justice*, 2016.

²⁵ In particolare, in occasione di tale summit è stata sottolineata l’importanza delle relazioni verso l’esterno della Consiglio Giustizia e Affari Interni. Si legge infatti nelle conclusioni della presidenza del Consiglio Europeo di Tampere, al paragrafo 59: “Il Consiglio europeo sottolinea che tutte le competenze e gli strumenti di cui l’Unione dispone, in particolare nel campo delle relazioni esterne, devono essere sfruttati in maniera integrata e coerente per istituire lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le tematiche della giustizia e degli affari interni devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione di altre politiche e attività dell’Unione” (CONSIGLIO EUROPEO DI TAMPERE, *Conclusioni della Presidenza*, 15 e 16 ottobre 1999). Da notare come, tuttavia, la dimensione esterna dell’AFSJ sia strumentale all’azione interna della stessa. (M. HEIKKILÄ - M. MUSTANIEMI-LAAKSO – S. EGAN - G. FINLAY - T. LEWIS, L. M. HESCHL - S. SALOMON - J. PLANITZER – H. SAX, *Critically assessing human rights integration in AFSJ policies*, 2015).

Nel 2000 l’impostazione del Programma Tampere deve essere volta a combattere “*organised crime and terrorism: Many third countries need to be involved in this action; EUROPOL should be given a key role, thus illustrating the urgent need to conclude an agreement on its dealings with the external partners identified in the Council Decision of 27 March 2000*” (decisione del Consiglio dell’Unione Europea 7653 del 2000).

²⁶ Il punto focale di tale Programma è stato individuato nel terrorismo, anche attraverso il miglioramento del Programma Tampere nell’ambito dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali.

²⁷ Il Programma Stoccolma sottolinea l’importanza della cooperazione tra Stati nella forma dello scambio di informazioni. Il testo del Programma contiene una serie di interessanti spunti, a partire dal paragrafo 2.1, riguardo un’“Europa fondata sui diritti fondamentali”, per cui tali diritti devono essere valorizzati in tutti i settori di competenza dell’Unione. Per tale motivo, anche qualora vi fossero esigenze di sicurezza, tale disposizione impone il rispetto dei diritti convenzionali e dei diritti espressi nella Carta di Nizza. Tra questi figura la protezione della privacy di cui lo stesso Programma tratta poco più avanti, al paragrafo 2.5 riprendendo la protezione dei dati personali così come sancito nella Carta di Nizza. Una tale esigenza contrasta vistosamente con l’esigenza di sicurezza espressa nello stesso atto come punto focale dell’AFSJ. Il problema che rimane aperto si figura quindi come il coordinamento (che risulta necessario) tra le due.

“lista della spesa”.²⁸ A fare da contrasto a questo troppo dettagliato elenco si pongono le “*Strategic Guidelines*” dell’AFSJ, delle quali la numero 4 presenta caratteri di interesse, trattando “*the protection and promoting of fundamental rights, including data protection, whilst addressing security concerns*”.

Tuttavia, in un quadro articolato come l’Unione Europea, il particolarismo di ciascun ordinamento crea potenziali incoerenze dal punto di vista della tutela dei diritti umani dell’AFSJ, così come dichiarati nella CEDU (rientrante indirettamente all’interno dell’Unione europea attraverso l’articolo 6 TUE in cui è stabilito che l’UE aderisce alla Convenzione) e nella Convenzione dei Rifugiati del 1951. Tali incongruenze si riscontrano soprattutto nell’ambito della lotta alla criminalità organizzata e terrorismo. Le misure legislative in tal senso infatti sono caratterizzate in generale dall’approccio repressivo, che si caratterizza talvolta con la deroga ai diritti della persona, talvolta in altre forme.

Già nella fase di prevenzione del crimine sono riscontrabili tensioni tra l’esigenza di sicurezza della società e la tutela dei diritti fondamentali. Peers considera come infatti già in questa fase “*the effective prevention and investigation of crime, particularly violent crime, is understandably a desire of the public in every society. But it is in this area there is the most acute tension between civil liberties and security objectives. Obviously, the greater the level of supervision and control of the public, the easier it is to prevent crime and to prosecute it more effectively*”²⁹. Le indagini ai fini della prevenzione si inscrivono in un ambito quale quello del diritto penale in cui visibile è il confine tra l’esigenza di sicurezza e il rischio di ledere i diritti della persona (a partire dai diritti connessi allo stato di detenzione)³⁰, il tutto giustificando tali repressioni con l’esigenza di prevenire mali ad un numero indefinito di individui.

²⁸ HOUSE OF LORDS, *Strategic guidelines for the EU's next justice and home affairs programme: Steady as she goes*, London: The Stationery Office, HL Paper 173, 2014, p. 13.

²⁹ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, III ed., Oxford University Press, 2011, p. 862.

³⁰ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, III ed., Oxford University Press, 2011, p. 879.

Dal punto di vista del diritto positivo dell'Unione, la Carta di Nizza considera all'articolo 52 che *“eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”*. Risulta quindi evidente il carattere di “necessità” delle limitazioni come unico rimedio efficace al fine di tutela contro la criminalità internazionale.

Uno tra i diritti presi fortemente in considerazione al riguardo è quello alla privacy, essendo a repentaglio durante tutta la fase delle indagini, riguardando un numero indeterminabile di soggetti. Nella ricerca al colpevole di un attacco terroristico, infatti, possono presentarsi due scenari: un gruppo armato rivendica l'attentato (e anche in questo caso è necessaria una ricerca approfondita tra le fila del gruppo stesso), ovvero non vi sono sospettati da cui poter dare inizio ad un'indagine. Per questa ragione il numero di potenziali sospetti è elevatissimo, ma nonostante ciò, come nota Peers, da un lato la sicurezza non si può considerare “legge suprema”, dall'altro reazioni sproporzionate da parte del legislatore ad attacchi terroristici non è mai giustificabile, neppure in nome del *counter-terrorism*.³¹

Altro ambito in cui la sfera di determinazione personale viene spesso compressa al fine di far prevalere esigenze di sicurezza è rappresentato dai diritti connessi all'esistenza di un procedimento penale, sia dal punto di vista dei sospetti terroristi (cui deve essere garantito uno standard minimo di tutela riscontrabile principalmente nei principi del “giusto processo”), sia dal punto di vista di vittime e testimoni (i quali devono essere protetti in qualità di soggetti vulnerabili).

³¹ S. PEERS, *The data retention judgment: The CJEU prohibits mass surveillance*, in *EU Law Analysis*, 8 aprile 2014.

In relazione a ciò si ricordi la Direttiva sulla conservazione dei dati, 2006/24/CE, emanata in reazione all'attentato alla metro di Londra del 2005, Direttiva criticata dalla Corte di Giustizia in quanto non rispettosa della privacy dell'individuo.