

LA RISPOSTA EUROPEA AL TERRORISMO DEL TEMPO ORDINARIO: IL
LAWMAKER E IL GIUDICE*

GIOVANNA DE MINICO **

Sommario

1. I termini del discorso. – 2. La risposta del *lawmaker*: la Direttiva 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo. - 3. La reazione del giudice europeo: *Digital Rights Ireland* e *Schrems*. – 4. Come hanno funzionato i *checks and balances* tra legislatore e giudice europeo?

Abstract

In this essay the Author reflects about three topics.

Which are the effects of the terrorism of the ordinary time on the European rulemaking and the judicial review?

If has the abstract model of the “law of fear” with its compliance with the precautionary and proportionality criteria been respected by the recent Directive 2017/541 on combatting terrorism?

And finally if have the checks and balances worked well between the European Lawmaker and the Judge concerning to this field?

In conclusion reflection the Author wishes that the European legislator was able to rebalance the regulative measure combining the security with the fundamental rights at the moment entirely stressed on the latter. This shift could be necessary in order to let the European system go back to the legal normality when the state of emergency will be over.

Suggerimento di citazione

G. DE MINICO, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Relazione al convegno “The Implementation of EU Law in Member States”, tenutosi presso la Libera Università di Bolzano/Bozen il 27-28 aprile 2017.

** Prof. Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II; visiting professor al Max Planck Institute for Innovation and Competition.

1. I termini del discorso

La politica europea *counter terrorism* viene dalla volontà del legislatore comunitario e dalle decisioni della Corte di giustizia, concorrenti nel disegnarla, ma non sempre solidali negli obiettivi da perseguire: la difesa assoluta della sicurezza, a prescindere dall'accertamento concreto di una minaccia seria e attuale all'incolumità pubblica, o la ricerca di una misura di equilibrata coesistenza tra sicurezza e protezione delle libertà?

Il nostro percorso si articola su due binari – la Direttiva 2017/541¹ sulla lotta contro il terrorismo, e i *case law* del giudice europeo – e inizia con un'istantanea sul fatto di terrore, perché la sua reale fisionomia è il parametro in base al quale misurare la adeguatezza delle risposte rispettivamente del legislatore e del giudice.

Il terrorismo di ultima generazione può assumere il volto minaccioso del *foreign fighter*, o quello apparentemente innocuo del vicino dedito alle sue quotidiane occupazioni. Può essere importato da focolai lontani di violenza, o crescere occultato nel deserto sociale di una banlieue. Può essere mirato contro i simboli tradizionali del potere costituito, o colpire con feroce occasionalità qualsiasi momento della convivenza civile. È un fenomeno polimorfico e cangiante, difficile da prevenire e reprimere, che lascia nell'animo di tutti la paura e l'attesa del suo ripetersi.

Il terrorismo di oggi muta da evento isolato e straordinario a fenomeno endemico e atteso, pur se imprevedibile nel quando, dove e come la nuova eruzione di violenza accadrà. Esso dunque non è più un fatto compreso in un arco temporale definito, superato il quale la vita di un ordinamento ritorna alla sua normalità, ma tende a protrarsi sine die, accompagnando tutti nell'agire quotidiano.

¹ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541&from=IT>. Il suo iter faticoso è sintetizzabile nei passaggi che seguono: sull'iniziale proposta della Commissione è intervenuto il Gruppo diritto penale sostanziale (per i cui lavori cfr: l'EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Combating terrorism*, July 2016, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI\(2016\)586628_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf); nonché C.C. MURPHY, *The draft EU Directive on Combating Terrorism: Much Ado About What?*, in eulawanalysis.blogspot.it, 17.1.2016, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/01/the-draft-eu-directive-on-combating.html>.) Il testo di compromesso, predisposto dal Gruppo, è stato oggetto degli orientamenti generali del Consiglio, che a loro volta hanno costituito la base per il negoziato col Parlamento Europeo, come previsto dalla procedura legislativa ordinaria. In questa sede concertativa si è cercato di sanare *ex ante* quei vizi di legittimità della proposta di Direttiva, che, se non eliminati, avrebbero seriamente compromesso la conformità dell'atto con i principi di materialità e di tassatività del reato, consegnati nel diritto europeo pattizio; di questi vizi si darà conto nel corso del lavoro. Per un appunto critico sull'iter approvativo della Direttiva, si veda: F. DE LONDRAS, *Accounting for Rights in EU Counter-Terrorism: Towards Effective Review*, in *Colum. J. Eur. L.*, 22, 2015-2016, p. 240 che nel marzo 2016

È un terrorismo del tempo ordinario².

Questa ricorsività incide sul lavoro del legislatore dell'emergenza, che si interrogherà sulle probabilità di accadimento del fatto terroristico in base a una valutazione prognostica *ex ante*, che rappresenta in anticipo la chance di accadimento del fatto temuto ed è quindi diretta a evitare o ridurre la paura dei cittadini.

È proprio in questa paura che trova la sua genesi il termine *law of fear*³: che non è la legge genericamente diretta a prevenire o reprimere una ordinaria violenza, ma appunto quella legge che nasce sulla spinta della speciale paura determinata dal terrorismo di ultima generazione: una paura che pervade la vita quotidiana di ciascuno e che diventa collettivamente un acuto allarme sociale.

Il legislatore è chiamato ad affrontare questioni anche antiche, ma in modo certamente nuovo. Per anticipare e prevenire l'evento non potrà, infatti, limitarsi a disegnare la regola in base all'accaduto o all'*id quod plerumque accidit*, ma dovrà partire da un calcolo probabilistico sull'avveramento del rischio. Sarà necessario scegliere a quale livello, più alto o più basso, attestare il rischio, con tutto ciò che ne segue in punto di equilibrio tra libertà individuali e sicurezza collettiva.

In questa discrezionale – e opinabile – scelta del rischio tollerabile, il legislatore si lascerà guidare dal criterio di precauzionalità rispondendo alla domanda: quante sono le probabilità che il rischio maturi in un danno concreto e attuale?⁴

² Per le ragioni di questa espressione e per le sue conseguenze sulla regolazione dello stato di emergenza sia consentito il rimando al mio lavoro: *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, in part. cap. II, par. 6 (*La law of fear*: il principio precauzionale).

³ Questa espressione, che definirei visiva, si deve a: C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁴ La letteratura americana, punto di riferimento insuperabile, sarebbe mortificata in una nota bibliografica, scegliamo dunque di segnalare solo gli Autori che hanno tratteggiato i diversi attributi di questo criterio. Quanto al suo confrontare beni disalienati nel tempo, precisamente, le libertà sono sacrificate qui e ora, la sicurezza probabilmente favorita un domani, si veda: D.E. ADELMAN, *Harmonizing Methods of Scientific Inference with the Precautionary Principle: Opportunities and Constraints*, in *Env. L. Rep.*, 34, 2004, p. 10133. Sul carattere relativo del criterio che risente della scelta politica del legislatore cfr.: D. BODANSKY, *Deconstructing the Precautionary Principle*, in D.D. CARO, H.N. SCHEIBER (eds.), *Bringing New Law To Ocean Waters*, Martinus Nijhoff/Brill, Leiden, 2004, pp. 381 ss; G.N. MANDEL, J.T. GATHII, *Cost-Benefit Analysis Versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*, in *Univers. Ill. L. Rev.*, 2006, pp. 1037-1079; O. PEREZ, *Precautionary Governance and the Limits of Scientific Knowledge: A Democratic Framework for Regulating Nanotechnology*, *Bar Ilan University Pub Law Working Paper*, 2010 e N. SACHS, *Rescuing the Strong Precautionary Principle from its Critics*, in *Univers. Ill. L. Rev.*, 4, 2011, pp. 1285-1338. Per una diversa prospettazione del principio precauzionale in ragione del contesto ordinamentale europeo si leggano: C. HOOD, H. ROTHSTEIN, R. BALDWIN, *The Government of Risk*, Oxford University Press, Oxford, 2004, principalmente il cap. 7.

L'osservanza di questo primo criterio esige che il legislatore si astenga da alcuni specifici comportamenti: non dovrà assegnare ai fatti una significazione secondo valutazione legale tipica; o reputare sussistente un rischio in ragione di considerazioni automatiche e astratte, a prescindere da una concreta attività accertativa del medesimo; o ancorare la rischiosità della persona a modi di essere indipendenti dalla condotta concretamente assunta. Se così facesse, l'evento dannoso rimarrebbe improbabile nel suo accadere e quindi risulterebbe ingiustificato il retrocedere dei diritti.

La relatività del criterio precauzionale, dovuta alla scelta politica e normativa della soglia di rischio accettabile, è corretta in parte dal criterio di proporzionalità, il quale impone al legislatore di confrontare in anticipo i costi presuntivamente sopportati dalle libertà, costrette ad arretrare, con gli attesi benefici alla sicurezza, che simmetricamente si dilata grazie a una tutela a sé più favorevole⁵.

Va anche considerato che applicare il criterio di proporzionalità significa nella specie comparare un beneficio alla sicurezza futuro e incerto con un danno alle libertà attuale e certo. Questo diverso peso tra costi e benefici dovrebbe impostare la proporzionalità su un inedito paradigma, poiché quello ordinario dell'equivalenza tra costi e benefici risulterebbe irragionevolmente sacrificatorio delle libertà. La proporzionalità *de qua* si declinerà piuttosto in un'asimmetria: il vantaggio al bene protetto (sicurezza), dato il suo carattere eventuale e incerto, deve superare il danno certo e immediato procurato al bene compresso (il diritto di libertà di volta in volta aggredito)⁶. Questa ideale bilancia avrà i suoi piatti non in equilibrio, come invece di regola accade, bensì disallineati, perché in uno Stato di diritto la compressione dei diritti

⁵ In merito al correttivo offerto dalla *cost-benefit analysis*, della quale la più attenta letteratura americana ha ben colto i limiti al punto da escludere che la stessa possa essere decisiva nella valutazione del rischio, si veda: G.N. MANDEL-J.T. GATHII, *Cost-Benefit Analysis Versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*, cit., pp. 1044-1045, dove gli Autori osservano che «[t]he difficulties inherent in application of cost-benefit analysis are now well described. A considerable literature (including some of Sunstein's own work) demonstrates that substantial challenges regarding (a) uncertainty, (b) valuation, and (c) temporal concerns render even rough application of cost-benefit analysis often impossible». Nella medesima linea di pensiero cfr.: D.E. ADELMAN, *Harmonizing Methods of Scientific Inference with the Precautionary Principle: Opportunities and Constraints*, cit., pp. 10131-10140; M.J. BORGERS-E. VAN SLIEDREGT, *The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight against Terrorism*, cit., pp. 171 ss.; M. GEISTFELD, *Implementing the Precautionary Principle*, in *Environmental Law Reporter*, 31, 2001, pp. 11326-11333 e S.A. SHAPIRO-E.C. FISHER-W.E. WAGNER, *The Enlightenment of Administrative Law: Looking inside the Agency for Legitimacy*, in *Wake Forest Law Review*, 3, 2012, pp. 463 ss.

⁶ D.E. ADELMAN, *Harmonizing Methods of Scientific Interference with the Precautionary Principle*, cit., pp. 10131 ss.; R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 651-653 e K. ROACH, *The 9/11 Effect. Comparative Counter Terrorism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 426 ss.

può essere giustificata solo se necessaria alla difesa di un valore a sé equiparabile o maggiore concretamente minacciato di aggressione.

Vedremo poi in che misura la Direttiva del 2017 nel disegnare le nuove figure di reato con finalità terroristica abbia osservato il binomio precauzionalità/proporzionalità.

Il terrorismo del tempo ordinario incide dunque sul *rulemaking*. Tocca, al tempo stesso, il *judicial review* sulle decisioni del legislatore, che dovrà essere severo e di tipo sostanziale, in quanto la ripetibilità del terrore rende intollerabili quei sacrifici eccessivi alle libertà che potrebbero essere giustificati in una legge della paura temporanea in ragione della eccezionalità dell'evento.

Nel momento in cui il fatto di terrore accompagna la vita quotidiana e le leggi tendono ad acquisire permanenza, non si potrà più chiedere al cittadino di subire le pesanti compressioni alle proprie libertà in nome di ipotetici vantaggi alla sicurezza, non essendo spendibile l'argomento della provvisorietà del sacrificio dinanzi alla permanenza della legge straordinaria.

2. La risposta del *lawmaker*: la Direttiva 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo

La Direttiva in oggetto non segna l'anno zero dell'Unione in tema di reati con finalità terroristiche in quanto discorso regolativo era stato già avviato con le Decisioni quadro del 2002 e del 2008⁷. Se ne distacca considerevolmente, peraltro, per un diverso orientamento di politica criminale. Nei documenti antecedenti la misura regolativa di transazione tra la sicurezza e le libertà non procurava sacrifici irragionevoli a nessuno dei due beni antagonisti; lo stesso non può dirsi della Direttiva, favorevole a una politica *counter terrorism* securitaria e poco sensibile al principio di non discriminazione per ragioni di razza o di fede rispetto a quanto lo fossero stati gli atti prima ricordati. Di questa affermazione, come della precedente, daremo conto nell'analisi che segue.

Il legislatore comunitario ha scelto una tecnica descrittiva del reato terroristico che prescinde dai principi di tassatività, materialità e offensività, dettati dall'art. 49 della Carta dei diritti; da qui la creazione di un modello astratto di reato di dubbia legittimità, nonostante il tentativo, in sede di negoziato col Parlamento, di correggere la proposta per allinearla agli imperativi comunitari.

La regola della tassatività esigerebbe la puntuale tipizzazione della condotta vietata in modo da consentire al cittadino europeo la conoscenza anticipata

⁷ Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (GU L 164 del 22.6.2002, p. 3), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0475&from=IT>, modificata successivamente dalla Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 (GU L 330 del 9.12.2008, p. 31), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0919&from=IT>.

del comportamento vietato; ebbene, questo basilare principio è disatteso dalla Direttiva sin dalle prime battute. Infatti, l'art. 3 struttura il reato a fini terroristici ricorrendo a dati materiali, identificabili in taluni comportamenti delittuosi comuni non sufficientemente definiti, i quali acquistano un particolare disvalore penale in ragione dell'elemento soggettivo: commettere un reato comune per finalità terroristiche (art. 3, co. 1, lett. *a, b e c*).

Dunque, a una condotta genericamente descritta segue una finalità così indeterminata da includere persino gli atti violenti che un popolo commette «in the interest of preserving or restoring [...] democratic values»⁸, al fine di destabilizzare un ordinamento tirannico. In questa inadeguata tipizzazione dello scopo terroristico ritroviamo, dunque, anche le insurrezioni armate dirette a rovesciare gli ordinamenti non basati su valori democratici, e dunque riferibili a un diritto di resistenza, in quanto la norma ricorre all'espressione quanto mai ampia di reati diretti contro «strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale» (art. 3, co. 1, lett. *c*).

Se invece la Direttiva si fosse mantenuta in linea con la prima Decisione quadro del Consiglio⁹, questa deriva interpretativa si sarebbe certamente evitata in quanto la fattispecie includeva i soli atti commessi da individui «whose objectives constitute a threat to their democratic societies respecting the rule of law and the civilisation upon which these societies are founded».

In sintesi, la fattispecie penale della Direttiva pecca per difetto e per eccesso¹⁰, perché omette di tipizzare la condotta e diluisce la finalità terroristica fino a comprendere persino scopi che potrebbero essere considerati accettabili.

La situazione di illegittimità si aggrava quando il legislatore ricorre con una certa leggerezza al modello di reato basato sull'intenzione criminosa, mentre il principio di materialità del diritto penale avrebbe richiesto un "tipo" di reato incentrato sulla condotta. Questa scelta ha comportato che il legislatore riservasse alla componente emozionale un ruolo definitorio: essa di-

⁸ MEIJERS COMMITTEE, *Notes on an EU Proposal for a Directive on combating terrorism*, 16 March 2016, in <https://free-group.eu/2016/03/17/meijers-committee-notes-on-an-eu-proposal-for-a-directive-on-combatng-terrorism/>, p. 3.

⁹ Il riferimento è a una dichiarazione del Consiglio, *Draft Council Statements*, 7 December 2001, 1845/1/01 Rev. 1, *Annex*.

¹⁰ E. DUMITRIU, *The E.U.'s Definition of Terrorism: The Council Framework Decision on Combating Terrorism*, in *Ger. L. J.*, 5, 2004, p. 602, offre, invece, un approccio decisamente elogiativo del lavoro del legislatore comunitario: «The Framework Decision adopts a horizontal approach of terrorism and establishes synthetic and precise definitions satisfying the requirements of legal safety the European Union and its Member States must respect».

Quanto ai lavori preparatori della Direttiva in esame si veda l'ampio *report* del FREE GROUP, *Terrorism: EDRI Recommendations for the EP Report on Terrorism*, 31 March 2016, in <https://free-group.eu/2016/03/31/terrorism-edri-recommendations-for-the-ep-report-on-terrorism/>.

venta il tratto qualificante di una condotta, altrimenti lecita o assorbita in un reato minore¹¹. Si pensi, ad esempio, all'attentato alla vita delle persone che cambia la sua qualificazione in ragione del fine ultimo perseguito dall'attentatore; o ancora all'assistenza a chi viaggia per finalità terroristiche, la cui condotta diventa reato, se il suo autore ha la consapevolezza che l'aiuto è finalizzato a un fatto di terrore, anche se non meglio specificato (art. 10 della Direttiva). È di immediata evidenza l'illegittimità di questa previsione incriminatrice, visto che il proposito criminoso è confinato nella mente del presunto reo: l'intenzione non viene disegnata *per relationem*, cioè agganciata a indizi concreti e attuali, rinvenibili nel mondo fenomenico, rimane invece chiusa nel foro interno del suo agente.

A prescindere dalla relazione introduttiva, non risulta infatti che il testo della Direttiva si richiami a indici concreti di affiliazione o aderenza del soggetto a un progetto terroristico e a circostanze concrete che definiscono la finalità di terrorismo del viaggio, in assenza dei quali la condotta, semplicemente, resterebbe irrilevante¹².

È dunque ragionevole la critica¹³ alla Direttiva di aver ceduto alle tentazioni discriminatorie verso la *gens* dei musulmani, perché nel momento in cui la *mens rea* è l'elemento che differenzia la condotta lecita da quella illecita, il giudice non avrà a sua disposizione elementi fattuali da cui trarre il proposito criminoso. Sarà pertanto inevitabile una deriva interpretativa verso la figura del reato per "tipo d'autore", vale a dire quello in cui il proposito criminoso si desume, non dai fatti, bensì dall'appartenenza del presunto reo a una data etnia o dalla fede da lui professata; si asseconda così una pericolosa subietti-

¹¹ Per ulteriori argomentazioni critiche su questo modo di definire l'intenzione criminosa si rinvia allo studio critico dell'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Osservatorio Europa, Osservazioni sulla nuova proposta di direttiva per la lotta al terrorismo Com (2015)625 della Commissione europea del 2 dicembre 2015*, in <http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Osservatorio%20Europa/2016-04-22---Doc-Oss-Europa-Commento-proposta-direttiva-lotta-al-terrorismo.pdf>, dove si sottolinea che «si corre il rischio concreto di disancorare le indagini e la persecuzione dei reati da indici di accertamento sicuri ed obiettivi. E le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo verrebbero radicalmente concluse».

¹² A tal proposito, cfr.: Relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva, citata in nota *supra*: «Qualificare come reato i viaggi compiuti *a tal fine* è altrettanto importante per affrontare la minaccia rappresentata dai combattenti terroristi stranieri e fornisce agli investigatori e ai procuratori gli strumenti necessari per perseguire efficacemente le diverse finalità e attività perseguite dai combattenti terroristi stranieri» (corsivo nostro).

¹³ AMNESTY INTERNATIONAL-THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS-THE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE-THE OPEN SOCIETY EUROPEAN POLICY INSTITUTE, *Joint submission regarding the European Commission's proposed draft Combatting Terrorism Directive*, February 2016, in <http://www.amnesty.org/en/documents/ior60/3470/2016/en/>.

vizzazione della fattispecie criminosa¹⁴. Da qui la conseguenza di qualificare il medesimo fatto in termini antitetici, facendo dipendere l'esito del giudizio dall'identità dell'autore della condotta. Precisamente, il comportamento sarà considerato lecito rispetto a chiunque lo abbia assunto, salvo che nei confronti di talune minoranze, presuntivamente colpevoli in forza di un nascosto proposito criminoso: «because the *actus reus* cannot make the difference, a person's alleged intention (*mens rea*) plays an even greater role»¹⁵.

Infine, questa *escalation* – dalla lesione della tassatività della condotta alla violazione della materialità del fatto di reato – si conclude nella rinuncia all'offensività del crimine; in questa rinuncia la Direttiva si allontana dal principio di precauzionalità a favore di valutazioni astratte del pericolo. Il legislatore comunitario preferisce il reato di attentato, per intenderci quello che anticipa la soglia dell'antigiuridicità alla messa in pericolo del bene protetto dalla norma incriminatrice, rispetto a quello di danno, il cui perfezionarsi dipende invece dal concreto verificarsi dell'evento lesivo¹⁶.

Il legislatore europeo nell'arretrare la soglia della punibilità agli atti preparatori, di regola penalmente irrilevanti, disattende l'indicazione data dallo stesso Consiglio: «criminalisation of a conduct at an unwarrantably early stage should be avoided»¹⁷.

Pertanto, la singolarità di questo atteggiamento si risolve nel fatto che il legislatore ha rinunciato anche alla prova del pericolo in concreto: le condotte sarebbero pericolose a prima vista, presentando sintomi incontrovertibili di una rischiosità *in re ipsa*. Rispetto a questa classe di reati, il pericolo non va accertato caso per caso e in base a una prognosi postuma *ex ante*; il pericolo si assume essere consustanziale alla condotta e con essa coincidente, diversamente dai reati di pericolo in concreto, rispetto ai quali non si può prescindere da tale verifica.

Un discorso a parte va fatto per la pubblica provocazione a commettere un reato terroristico, che nella sua formulazione definitiva non condivide più la radice dei reati di pericolo presunto. Infatti, mentre l'originario testo prevedeva una condotta che consisteva nel divulgare messaggi con l'intento di

¹⁴ Sul tema in generale, cfr.: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 508.

¹⁵ In questi termini si è espresso il MEIJERS COMMITTEE, *Notes on an EU Proposal for a Directive on combating terrorism*, cit., p. 4.

¹⁶ Per un approfondimento delle ragioni a sostegno dell'illegittimità di una certa modalità descrittiva della condotta costitutiva dei reati di pericolo in astratto sia consentito richiamare il mio lavoro monografico: *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., in part. al cap. III, par. 2 (Il diritto penale della presunzione di pericolo e il principio costituzionale di offensività).

¹⁷ Council of the European Union, *Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations, 2979th JHA Council meeting, 30 November 2009*, in http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/111543.pdf, par. 5.

incitare alla commissione di uno dei reati terroristici, ma non richiedeva l' idoneità a incitare "direttamente a compiere reati di terrorismo", la definitiva dizione esige proprio quanto la prima escludeva: l'esistenza di quello specifico nesso di causalità tra il diffondere un messaggio apologetico e il promuovere il compimento di un reato terroristico. Si viene così a ricreare quell'inscindibile nesso che deve legare la provocazione a commettere un reato alla spinta attivizzante a compierlo generata nei destinatari, al fine di sollevare il reato dal sospetto che il legislatore voglia punire una mera intenzione criminosa priva di attitudine lesiva.

Il legislatore ha in parte corretto il tiro rispetto all'originaria formulazione della proposta: ha sì escluso la pericolosità *in re ipsa* delle condotte, dunque non più oggetto di valutazione legale tipica, ma di accertamento *ex facto*, ma ha lasciato ancora indefinita la linea di confine che separa il *freedom of speech* dall'apologia di reato terroristico¹⁸. L'estrema vaghezza descrittiva di quest'ultima condotta criminosa è tale da includere persino l'attività di un cronista eccessivamente elogiativo nel narrare le gesta terroristiche. Così come rientrerebbe nel divieto anche la diffusione di messaggi considerati denigratori nei riguardi delle vittime del terrorismo, pur trattandosi di parole e di immagini censurabili solo sotto il profilo della lesione alla dignità delle vittime: «such messages and images may also include those denigrating victims of terrorism»¹⁹. Pertanto, niente impedirebbe a uno Stato di considerare tali condotte sufficienti a integrare gli estremi dell'apologia, pur in assenza di un concreto rischio alla sicurezza²⁰, in quanto il legislatore europeo non ha richiesto l'attitudine della condotta elogiativa a creare una situazione di pericolo serio e attuale di avveramento del reato celebrato.

È La procedura emendativa del testo iniziale è stata poco significativa nel disegnare il confine tra il *freedom of speech* e la provocazione a commettere un reato, e neanche aver ricordato nell'art. 23 la difficoltà degli Stati nel tracciare questo scivoloso discrimine tra l'atto lecito del parlare e quello illecito dell'apologia può servire a fare chiarezza in termini di tassatività della condotta penalmente rilevante, perché il legislatore comunitario ha girato il compito ai regolatori nazionali. Non sono mancate le critiche nel corso dei lavori a questo atteggiamento ondivago, sottolineato con preoccupazione dalla Com-

¹⁸ Le critiche di [S. WITTENDORP](#), *Incitement to terrorism and the regulation of free speech*, in *explosivepolitics.com*, 12.6.2016, in <http://explosivepolitics.com/blog/incitement-to-terrorism-and-the-regulation-of-free-speech>, sono coerenti con questa linea argomentativa.

¹⁹ MEIJERS COMMITTEE, *Note on an EU Proposal for a Directive on combating terrorism*, cit., p. 5.

²⁰ Si legga la diversa proposta redatta dal FREE GROUP, *Terrorism: EDRI recommendations for the EP report on terrorism*, 31 March 2016, in <https://free-group.eu/2016/03/31/terrorism-edri-recommendations-for-the-ep-report-on-terrorism/>.

missione parlamentare LIBE per il suo «chilling effect on freedom of speech»²¹.

Questa tecnica descrittiva dell'illecito rimanda a una precisa scelta in direzione securitaria, diversamente da quanto avevano fatto i precedenti atti politici e giuridici, comunitari e internazionali, i quali, da un lato, si erano mostrati più attenti al bilanciamento tra istanze di sicurezza e difesa delle libertà (ad esempio, non criminalizzando i reati di pericolo presunto o i tentativi del tentativo), dall'altro, avevano richiesto l'osservanza della clausola di salvaguardia delle libertà fondamentali (ex art. 52 della Carta dei Diritti). Come è ben noto, questa disposizione orizzontale protegge ogni diritto della Carta da limitazioni imposte dal legislatore in violazione dei requisiti della proporzionalità, essenzialità e necessità²². Anche la Direttiva nel suo testo finale rinvia alla clausola in oggetto proprio nell'articolato normativo (art. 23), mentre nell'iniziale proposta della Commissione la clausola era contenuta nel *recital* 1, cioè nella parte non vincolante dell'atto.

Questo inserimento testuale prova la volontà politica del legislatore europeo di ricentrare il *focus*, inizialmente coincidente con la sicurezza, sulle liber-

²¹ Secondo le parole della Commissione LIBE rese nel suo *draft* e riportate dal MEIJERS COMMITTEE, *Notes on an EU Proposal for a Directive on combating terrorism*, cit., p. 5.

²² Sui vincoli posti dalla norma per limitare i diritti fondamentali in nome della sicurezza, vedi: E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2, 2003, pp. 313-328, secondo il quale la ragionevolezza «è divenuta, con la previsione di cui all'art. 52, un principio scritto del diritto europeo, ammonendo tanto le istituzioni europee quanto gli Stati al rispetto del principio di proporzionalità nella limitazione delle libertà garantite [...]. Essa opera in una duplice direzione, in quanto tende non soltanto a conformare gli atti emanati dagli organi comunitari, ma "pone a confronto lo scopo della misura interna adottata dallo Stato membro con l'interesse protetto dal diritto comunitario": codesta applicazione della regola della proporzionalità-ragionevolezza agisce, in sostanza, come "principio di integrazione sociale", al quale gli Stati membri hanno fatto appello intendendo avviarsi alla realizzazione di un nuovo assetto di convivenza dei popoli europei attraverso, appunto, il riconoscimento del pluralismo dei diritti» (la citazione è alle pp. 319-320, e, a sua volta, riporta all'interno le parole di: D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, pp. 837 ss.). In proposito, cfr.: A.M. MAUGERI, *Fundamental Rights in the European Legal Order, both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise*, in *New J. Eur. Crim. L.*, 4, 2013, pp. 389-395, che ricorda come il principio di proporzionalità assuma anche un valore di criterio regolatore dei rapporti tra competenza nazionale e quella dell'Unione in materia penale. Sull'interpretazione della disposizione cfr., anche in un'ottica comparata: M. BOROWSKI, *Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Legisp.*, 1, 2007, pp. 207-214 e pp. 225-237 e T. HICKMAN, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in *Jud. Rev.*, 12, 2007, pp. 33-34. Discute con accenti critici sull'attuale formulazione della norma: T. VON DANWITZ, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union between Political Symbolism and Legal Realism*, in *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, 29, 2000-2001, pp. 298-300. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, in part. pp. 10 ss., riflette sul rapporto tra la clausola e il sistema europeo composito di protezione dei diritti.

tà? Riteniamo che a tal fine non basti il solo richiamo alla Carta dal momento che le nuove condotte di reato sono scritte in aperta violazione ai principi di tipizzazione, materialità e tassatività del fatto criminoso, pur imposti dalla Carta.

Un'ulteriore riflessione va spesa in merito alla struttura del reato a fini terroristici, anche qui è evidente la sua correlazione con il rinvio alla clausola orizzontale della Carta. Il disegno comunitario ha il suo centro nell'intenzione del reo di perseguire una finalità terroristica: si tratta però di un'intenzione non deducibile da indici obiettivi e certi della condotta, perché questa è povera di tratti materiali che la connotino. Qui si coglie con chiarezza il nesso tra la regola astratta e la concreta decisione del giudice. Questi, infatti, dovrà desumere la volontà terroristica unicamente da elementi psicologici o comportamentali dell'autore, non certo da quell'inizio di condotta concretamente posta in essere, scarsamente significativa dell'intenzione criminosa. Anche in questo caso la clausola, ex art. 52 Carta, non riesce da sola a bloccare la deriva verso il diritto penale dell'intenzione e verso l'involuzione nell'accertamento giudiziario dei reati per tipo di autore; rimane infatti «a risk that implementation of the measures envisaged will in practice encroach upon the right to non discrimination by disproportionately targeting Muslims»²³.

Pertanto, non si può escludere che caratteristiche somatiche, appartenenze a razze o a date minoranze possano indurre il giudice a ritenere sussistente un'intenzione criminosa pur non deducibile da elementi oggettivi. In sintesi, il diritto penale comunitario potrebbe favorire interpretazioni discriminatorie in danno dell'intera categoria dei musulmani, rese possibili da un da un legislatore disattento al fondamentale principio dell'eguaglianza delle persone e cedevole alle tentazioni discriminatorie per ragioni di etnia o di religione.

Quanto all'implementazione della Direttiva il discorso deve attendere perché il decorso del termine per adeguare gli ordinamenti interni è appena iniziato. Possiamo però ricordare che il nostro ordinamento ha già legiferato in materia col decreto-legge n. 7/2015, che ha anticipato il contenuto della Direttiva in esame, peraltro violando il diritto comunitario pattizio per le medesime ragioni che fanno dubitare della legittimità della Direttiva.

²³ A titolo di mero esempio si legga l'ipotesi di clausola suggerita dal FREE GROUP, *Terrorism: EDRI recommendations for the EP report on terrorism*, cit.; questo lavoro aggiungeva nella parte dispositiva della proposta un nuovo articolo 23 a), secondo il quale: «2. *Restrictions to fundamental rights and freedoms must be provided for by law, be necessary and proportionate for the aim pursued.* 3. *This Directive has to be implemented in accordance with these rights and principles the Charter of Fundamental Rights and principles of EU law.*».

3. La reazione del giudice europeo: *Digital Rights Ireland e Schrems*

La Corte di giustizia si è rivelata più sensibile del legislatore europeo nella difesa dei diritti in tempo di ordinario terrorismo, benché il suo intervento sia stato tardivo, se confrontato con quello della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Infatti, solo di recente²⁴ la prima ha condotto il suo *judicial review* sulla compatibilità della regola transattiva tra sicurezza e libertà fondamentali col contenuto essenziale dei diritti.

Qualche riflessione sul modo di operare della Corte ci sembra opportuna. Il giudice ha proceduto mantenendo distinti il momento dell'accertamento dell'integrità del nocciolo duro dei diritti e quello della verifica sull'osservanza della proporzionalità. Il primo è stato oggetto di uno *screening* preliminare, come risulta chiaramente dall'iter argomentativo sia di *Digital Rights Ireland*²⁵ che di *Schrems*²⁶.

In *Schrems* la Corte dichiara illegittimo l'atto sottoposto alla sua cognizione – la decisione della Commissione attestante l'adeguatezza della disciplina statunitense della privacy relativa ai dati personali trasferiti – per violazione del “contenuto essenziale” della privacy. In punto di diritto, la questione è sintetizzabile nei seguenti termini: in caso di trasferimento dei dati dall'Unione a Paesi terzi, il diritto alla privacy è fatto salvo, se al titolare dei dati è accordata nello Stato terzo una protezione sostanzialmente equivalente a quella del Paese di origine, luogo di raccolta dei suoi dati²⁷. Dal confronto tra i due sistemi giuridici è risultato che negli U.S.A. il pubblico potere può raccogliere su chiunque qualsiasi tipo di dato; in Europa, invece, la raccolta deve essere selettiva per soggetto, oggetto e finalità. Quindi, la Corte ha rite-

²⁴ Corte di giustizia (Grande sezione), 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0402>. Il ritardo della Corte di giustizia è «consequence of its origins as the court of a common market and stand in sharp contrast to the position of that other European court, the ECtHR», in questi termini: C.C. MURPHY, *Counter-terrorism law and judicial review: the challenge for the Court of Justice of the European Union*, in F. F. DAVIS, F. DE LONDRA (eds.), *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 287.

²⁵ Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri e Kärntner Landesregierung (C-594/12) e altri*, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=C-293/12&td=ALL>, da ora in avanti citata con l'acronimo D.R.I.

²⁶ Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 6 ottobre 2015, C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, in <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117it.pdf>.

²⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa «alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», in G.U. L 281 del 23/11/1995, p. 31, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>.

nuto che per il diritto dell'Unione «non è limitata allo stretto necessario una normativa che autorizza in maniera generale la conservazione di tutti i dati personali di tutte le persone i cui dati sono stati trasferiti dall'Unione verso gli Stati Uniti senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo perseguito e senza che sia previsto alcun criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso delle autorità pubbliche ai dati e il loro uso ulteriore a fini precisi, rigorosamente ristretti ed idonei a giustificare l'ingerenza che sia l'accesso sia l'utilizzazione di tali dati comporta»²⁸.

Questa incolmabile distanza tra i due sistemi ha comportato che la Corte giudicasse inadeguata la tutela statunitense della privacy e, di conseguenza, invalido l'atto della Commissione che erroneamente aveva valutato adeguata la protezione americana. Ai nostri fini il caso è significativo perché è tutto incentrato sul nocciolo duro del diritto: qui il giudice bacchetta la Commissione perché ha spogliato la privacy della sua essenza sia sul piano del diritto sostanziale, espungendone la pretesa a una raccolta selettiva, sia su quello processuale, negando al titolare il diritto di adire un giudice per la rettifica o la cancellazione dei suoi dati²⁹.

Nella decisione *D.R.I.* – che ha sancito l'invalidità della Direttiva *data retention* – la Corte ha tracciato invece un'azione di regolamento di confini tra il diritto all'autodeterminazione dei dati e l'opposta pretesa dello Stato di acquisirli a fini investigativi. Qui emerge parimenti la lesione del nocciolo duro come causa di illegittimità, ma in maniera meno evidente che in *Schrems*. Infatti, nel momento in cui la Corte pone le condizioni in presenza delle quali il potere pubblico è legittimato a raccogliere i dati altrui, in realtà sta definendo simmetricamente il contenuto indefettibile del diritto all'autodeterminazione dei dati; in effetti, le condizioni poste al potere pubblico rappresentano anche lo spazio intangibile del diritto della persona contro l'ingerenza dell'autorità. Quando la Corte dice che lo Stato può conservare solo taluni dati, entro un certo tempo e sempre che afferiscano a persone in odore di terrorismo, afferma almeno due cose: che chi è estraneo al *fumus criminis* ha diritto a tene-

²⁸ Corte di giustizia, 6 ottobre 2015, cit., par. 93.

²⁹ In questi termini si è espressa la Corte nel caso *Schrems*, par. 95: «Analogamente, una normativa che non prevede alcuna possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici al fine di accedere a dati personali che lo riguardano, oppure di ottenere la rettifica o la soppressione di tali dati, non rispetta il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito all'articolo 47 della Carta. Infatti, l'articolo 47, primo comma, della Carta esige che ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati abbia diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo. A tal riguardo, l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è inerente all'esistenza di uno Stato di diritto (v., in tal senso, sentenze *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166, punto 23; *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206, punti 18 e 19; *Heylens e a.*, 222/86, EU:C:1987:442, punto 14, nonché, *UGT-Rioja e a.*, da C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488, punto 80)».

re per sé ogni tipo di dato; e che il contenuto minimo del suo diritto è ben più ampio di quello appartenente alla persona “sospettata” di atti terroristici, la quale potrà tenere per sé solo i dati diversi da quelli tipizzati. Rispetto a quest’ultima categoria di dati, il sospettato potrà pretendere che siano conservati entro un tempo ragionevolmente definito e secondo affidabili standard di sicurezza e, infine, che siano resi accessibili solo a talune autorità – giudice o autorità indipendenti – legittimate in ragione della loro imparzialità. È evidente che la Corte di giustizia ha disegnato il nocciolo duro del diritto all’autodeterminazione, ispirandosi a un modello a fisarmonica che si dilata per i soggetti comuni e si restringe per chi è indiziato di terrorismo.

Dunque, in *D.R.I.* la Corte ha censurato il legislatore per aver condotto il bilanciamento tra il danno alla privacy e il vantaggio alla sicurezza senza osservare il principio di proporzionalità³⁰, in quanto a un sacrificio eccessivo per la privacy – alla quale la raccolta a strascico sottraeva ogni tipo di dato a chiunque appartenesse – corrispondeva un modesto vantaggio alla sicurezza, trattandosi di dati riferibili anche a persone “al di sopra di ogni sospetto”. La Corte nel rilevare questo vizio ha anche implicitamente definito il contenuto essenziale del diritto alla privacy.

In chiave sintetica in *D.R.I.* contenuto e regole procedurali della raccolta sono affetti da vizi di invalidità³¹. Per quanto attiene alla sostanza, i vizi si risolvono in un sistema di sorveglianza di massa, privo di limiti di oggetto (infatti, non si distinguono i dati per tipologie, mettendo confusamente insieme i dati personali con quelli sensibili), di soggetto, di mezzo e di scopo (si inse-

³⁰ In senso critico sull’uso che viene fatto del principio di proporzionalità nella decisione in oggetto, si veda: F. FONTANELLI, *The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 36, 3, 2016, pp. 654-657.

³¹ La letteratura in argomento è ampia, ricordiamo solo le voci, nella dottrina italiana e straniera, funzionali al nostro ragionamento. Tra le prime, cfr.: A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quad. Cost.*, 2014, pp. 722 ss.; E. COLOMBO, “Data Retention” e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/EC, in *Cass. Pen.*, 2014, pp. 2705 ss.; O. POLLICINO, *Diritto all’oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. Cost.*, 2014, pp. 2949 ss. In quella straniera, almeno cfr.: A. CHRISTOFI, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt «Digital Rights Ireland»*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2014, 2, pp. 399 ss.; M.P. GRANGER, K. IRION, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: Telling Off the EU Legislator and Teaching a Lesson in Privacy and Data Protection*, in *Eur. L. Rev.*, 2014, pp. 835 ss.; O. LYNSKEY, *The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: Digital Rights Ireland*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2014, pp. 1789 ss. Sul ruolo che la sentenza *Digital Rights Ireland* ha avuto nel dialogo del giudice europeo con altre Corti si vedano: M. D. COLE, A. VANDENDRIESCHE, *From Digital Rights Ireland and Schrems in Luxembourg to Zakharov and Szabb/Vissy in Strasbourg: What the ECtHR Made of the Deep Pass by the CJEU in the Recent Cases on Mass Surveillance*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2, 2016, pp. 127-129 e B. PETKOVA, *The Safeguards of Privacy Federalism*, in *Lewis & Clark L. Rev.*, 20, 2016, pp. 641-642.

gue persino chi abbia un collegamento solo indiretto con il reato to³²). A loro volta, i vizi procedurali denunciano l'assenza nella Direttiva di un sistema idoneo a regolare l'accesso ai dati richiesti dalle autorità: quale poteva essere quello di subordinare la domanda di accesso all'autorizzazione di un'autorità giudiziaria o di una amministrativa indipendente. Sulla stessa linea argomentativa, la Corte lamenta altresì la mancanza di ulteriori adeguate garanzie procedurali: ad esempio, la Direttiva non precisa a quale autorità debbano essere trasmessi i dati, se di polizia o di *intelligence*, né definisce i limiti per un uso ulteriore rispetto allo stretto necessario per raggiungere l'obiettivo³³.

In definitiva, come statuisce la Corte, sarebbero state necessarie «regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura *de qua* e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati»³⁴.

I requisiti minimi, di cui parla il giudice europeo, sono necessari per evitare l'errore opposto a quello commesso dal legislatore: cioè, considerare illecita ogni forma di sorveglianza su qualsiasi dato e rispetto a qualunque persona. Questa conclusione, evidentemente eccessiva, induce a considerare soluzioni alternative.

Si potrebbe pensare a un divieto generale di *data retention* corretto da strumenti derogatori, quali, ad esempio, il *quick freeze*, già previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001³⁵ e proposto dal Gruppo di Lavoro articolo 29³⁶ alcuni anni fa. Questo meccani-

³² *Ibidem*, paragrafi 57-58.

³³ *Ibidem*, paragrafi 60-62.

³⁴ *Ibidem*, parag. 65. Sui limiti della raccolta di dati ammessa dalla Corte, cfr.: C. CASTETS, RENARD, *L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE: une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles*, in *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1355 ss.

³⁵ Consiglio d'Europa, *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica*, Budapest, 23.11.2001, reperibile in <http://194.242.234.211/documents/10160/10704/CONSIGLIO+D'EUROPA+-+Convenzione+sulla+criminalit%C3%A0+informatica.pdf>, artt. 16-17.

³⁶ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2005 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Retention of Data Processed in Connection with the Provision of Public Electronic Communication Services and Amending Directive 2002/58/EC (COM(2005)438 final of 21.09.2005)*, 1868/05/EN WP 113, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2005/wp113_en.pdf, dove viene illustrato che: «[t]here exist other useful measures to be taken into account for investigational purposes, which infringe to a lesser extent upon the basic right positions of the citizens, e.g. the “quick freeze procedure” where neither the communication providers nor the Internet service providers are obliged to store traffic data. For instance, in well-founded cases, the law enforcement agencies consult the companies and request the storage of certain data. After those data have been stored, the

simo consente l'accesso mirato a informazioni di carattere personale per finalità specifiche di contrasto alla criminalità, articolandosi in un rapporto tra autorità e fornitori di servizi di comunicazione. In particolare, le prime possono chiedere ai fornitori di memorizzare determinati dati solo a condizione di dimostrare la fondatezza della loro richiesta di accesso con prove idonee³⁷. Il sistema del *quick freeze* andrebbe perfezionato con ulteriori accorgimenti quali, ad esempio, la fissazione di una durata ragionevole per la *data retention*, commisurata alla categoria del dato e limitata per i dati già consultati; come pure la previsione di un controllo giurisdizionale sull'attività di accesso da parte di autorità previamente individuate. A nostro avviso, questo disegno alternativo di *data retention* sarebbe in continuità logica con i puntuali dettati della Corte di giustizia che richiede un'equilibrata transazione normativa tra la difesa preventiva della sicurezza e la compressione attuale delle libertà fondamentali.

4. Come hanno funzionato i *checks and balances* tra legislatore e giudice europeo?

Abbiamo visto che il "terrorismo" ha ricevuto risposte diverse dal legislatore e dal giudice.

Il primo infatti ha ampiamente disatteso il principio di precauzionalità nel bilanciare gli opposti valori in gioco, considerato che la Direttiva *de qua* prevede anche incriminazioni basate su un improbabile pericolo di avveramento dell'evento terroristico. Un legislatore poco esigente nel pretendere l'offensività della condotta, visto che si è accontentato di comportamenti quasi del tutto privi di attitudine lesiva. Sono punite così azioni presuntivamente pericolose, che, al di fuori di questa vistosa deroga ai principi del diritto penale europeo, ricadrebbero invece nell'area dell'irrelevante penale.

Il giudice europeo invece si è mosso in direzione opposta, almeno con la storica pronuncia sulla *data retention*, interpretando i principi di proporzionalità e precauzionalità in modo da vietare le raccolte di dati dirette ad acquisire in un ampio arco temporale tutte le informazioni estrinseche del traffico telematico, con qualunque mezzo veicolate e riferibili a qualsivoglia persona, anche se estranea a fatti di terrorismo. Il giudice europeo ha ritenuto che questa "pesca a strascico", con il sacrificio di massa della riservatezza, sia sproporzionata e inefficace rispetto alla presunta minaccia alla sicurezza. E non si è limitato ad annullare l'intera Direttiva, ma ha colto anche l'occasione

agencies are given some weeks to collect evidence in order to obtain a judicial order. Then, based on this order, they can access the data» (p. 6).

³⁷ M. NINO, *L'annullamento del regime di conservazione dei dati di traffico nella Unione Europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2014, pp. 809 ss.

per conformare il potere del legislatore nazionale ed europeo, entrambi al momento noncuranti delle sue indicazioni³⁸.

Nella dialettica inter-istituzionale tra un legislatore, paladino della sicurezza, e un giudice guardiano delle libertà, si aprono spazi inediti al sistema di *checks and balances* europeo, intendendosi per esso quell'architettura istituzionale che consente a ciascun attore pubblico di fare la sua parte e, se del caso, di controllare che l'altro la faccia.

Il legislatore europeo dovrebbe scrivere *ex novo* un atto normativo in materia di *data retention*³⁹, in linea con quanto statuito dal giudice europeo, piuttosto che affidarsi alla discrezionalità degli Stati membri, benché tenuti a riformulare la legislazione interna secondo i dettati della Corte di giustizia. Lo prova il fatto che gli Stati a oggi o non hanno ancora rivisto - pur dovendolo in principio fare - la normativa nazionale divenuta illegittima per effetto della pronuncia della Corte, o chi lo ha fatto è andato nella direzione diametralmente opposta, come se la sentenza non fosse mai stata pronunciata. Ne consegue che l'invalidità della legge nazionale è rilevabile e quindi disapplicabile caso per caso dal singolo giudice interno, con un risultato lontano dalla certezza e dall'uniformità del diritto: niente ci assicura infatti che tutti i giudici si comporteranno nello stesso modo, sempre che siano posti in condizione di pronunciarsi in merito.

Al descritto inconveniente di adeguare il diritto interno a quello comunitario per via incidentale e con efficacia *inter partes*, se ne aggiunge un altro: taluni legislatori nazionali⁴⁰ si stanno comportando come se la Corte di giusti-

³⁸ Commentano la pregnanza del potere conformativo che la Corte di giustizia si è attribuita nella sentenza *Digital Rights Ireland*: M.-P. GRANGER, K. IRION, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection*, in *Eur. L. Rev.*, 2014, nei paragrafi su «Towards a responsibility to protect human rights» e «Legislative discretion and judicial control in the European Union – the uncertain scope of the new “strict scrutiny” test»; J.-B. DUCLERCQ, *Le pouvoir du législateur de l'Union européenne en matière de protection des données à caractère personnel: une compétence liée ?*, in *L.P.A.*, 197, 2014, par. 2; A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy. A European Perspective*, in *Til. L. Rev.*, 20, 2015, pp. 30-33.

³⁹ In questo senso si veda anche R. FLOR, *Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive 'de jure condendo'*, in *Dir. Inf. Inform.*, 4-5, 2014, p. 242. Al vantaggio, già detto nel testo, dell'efficacia vincolante delle fonti per gli Stati membri, l'Autore aggiunge quello derivante dalle «garanzie, che devono circondare la produzione di norme penali (legittimazione democratica e trasparenza del procedimento legislativo, controllabilità politica, da parte dei Parlamenti nazionali durante la fase “ascendente” dei fondamentali principi di sussidiarietà europea e di proporzionalità, ex art. 5 TUE e Protocollo applicativo n. 2 allegato al TFUE, piena controllabilità giudiziaria di tali presupposti da parte della Corte di Giustizia e, indirettamente, delle giurisdizioni nazionali nella fase applicativa)».

⁴⁰ Richiamiamo il lettore a quanto hanno disposto rispettivamente, i legislatori italiano con il decreto-legge n. 7/2015, art. 4 *bis* – sul punto si rinvia per le riflessioni al mio lavoro monografico: *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, cit., in part. cap. II, par. 4.2. (L'indebolimento delle garanzie

zia li avesse esonerati dall'osservare il parametro di proporzionalità. Si sta infatti realizzando un paradosso giuridico: dopo la sentenza della Corte di giustizia alcuni legislatori interni si sentono più liberi nel comprimere le libertà di quanto non lo fossero prima, forti dell'alibi della nuova ferocia terroristica che li legittimerebbe moralmente a saltare con disinvoltura il giudicato del 2014.

Queste due considerazioni individuano il destinatario principale dell'obbligo di dare seguito alle sentenze della Corte di giustizia nel decisore politico europeo, almeno nel caso in cui l'annullamento abbia a oggetto un atto comunitario; mentre, le autorità interne dei singoli Stati dovrebbero intervenire solo in via secondaria. Se invece l'organo chiamato a intervenire per secondo diventa l'unico ad attivarsi, proprio come è accaduto nel caso del silenzio del legislatore europeo dopo la sentenza sulla *data retention*, e se questo soggetto supplente è peraltro un giudice interno, allora i *checks and balances* tra *lawmaker* e *judicial review* europei non sono in grado di compensare lo squilibrio realizzato dal primo a vantaggio della sicurezza. E questo perché la misura correttiva in direzione espansiva delle libertà non è nella disponibilità del giudice europeo per l'inattitudine delle sentenze europee a invalidare gli atti interni.

Per questa asimmetria di regime giuridico tra legge e sentenza a livello europeo, il funzionamento del sistema dei pesi e contrappesi dipende dal ravvedimento operoso del legislatore europeo; stante la vincolatività delle sentenze, è questi che dovrà riscrivere le norme secondo i moniti prescrittivi della Corte e per tale via riequilibrare l'iniziale asimmetria regolatoria a beneficio delle libertà. E così il cerchio si chiude.

Indubbiamente, questo sarebbe l'esito auspicabile per l'avvenire, ma al momento possiamo contare solo su una misura parzialmente compensativa dell'originario sbilanciamento posto in essere tra sicurezza e libertà: la disapplicazione di norme interne invalide perché conformi con disposizioni comunitarie annullate dalla Corte, sempre che i giudici nazionali continuino a mostrarsi sensibili ai richiami del diritto vivente europeo.

della privacy) – e quello francese, con la *LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, JORF n° 0171 du 26 juillet 2015, Texte n° 2, in <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/7/24/2015-912/loi/texte> e la *LOI n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales*, JORF n° 0278 du 1 décembre 2015, Texte n° 1, in <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/11/30/2015-1556/loi/texte>. Va tenuto presente che non si è trattato di manifestazioni isolate di inottemperanza al giudicato della Corte; ne sia prova la disinvoltata legislazione del Regno Unito, il *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014*, 2014 c. 27, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/27/contents/enacted>, che nel rispondere alla sentenza *Digital Rights Ireland* ha addirittura dilatato i poteri di sorveglianza rispetto a come erano prima della decisione del giudice europeo.

Quanto al legislatore europeo, questi dovrà evitare atteggiamenti tipici dello stato di prevenzione⁴¹; essi offrono ai cittadini una prestazione di sicurezza assolutizzante perché indipendente dall'esistenza di uno stato di necessità, al punto di trasformare una condizione atipica e temporanea del potere in un paradigma ordinario e definitivo di esercizio della sovranità.

Si propone in alternativa una cultura della legalità come metodo politico di lotta civile al terrorismo, capace di affermare una sua moralità interiore, basata sul rispetto della dignità e dell'uguaglianza di tutte le persone, sul sacrificio delle libertà solo se strettamente indispensabile, sulla trasparenza e massima corralità possibile dei luoghi della decisione sull'emergenza. Libertà e democrazia sono gli unici beni meritevoli di essere difesi in tempo di terrorismo⁴², perché quando le cose vanno bene non corrono alcun rischio di menomazione; quando su tali valori cade il peso della paura, lo Stato può essere disposto a barattarli per un'improbabile sicurezza. Se ciò dovesse accadere e ripetersi con frequenza, l'ordinamento riconquisterebbe - cessato il periodo del terrore - una "normalità anomala", nel senso che la vita istituzionale e delle persone non tornerebbe a svolgersi come prima. Una fittizia normalità sarà stata conseguita con un sacrificio impari e permanente di libertà e democrazia.

⁴¹ In merito si leggano le belle osservazioni di E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 75; riprese e arricchite con nuove idee da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 17 ss.

⁴² R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, Relazione svolta al Collegio Ghisleri di Pavia, 25 ottobre 2006, ora in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0027_bin.pdf.