

Tra guerra e terrorismo: le giurisprudenze nazionali alla prova dei *foreign fighters*

Between War and Terrorism: National Jurisdictions' Responses to the Challenge of Foreign Fighters

LUCIA DELLA TORRE
Ricercatrice presso l'Università di Lucerna

TERRORISMO, DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO,
GUERRA, FOREIGN FIGHTERS

TERRORISM, INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW,
WAR, FOREIGN FIGHTERS

ABSTRACT

Nel quadro della controversa questione relativa ai regimi giuridici applicabili alle attività violente tenute all'interno di un contesto di guerra, l'intervento autorevole della Sezione I della Corte di Cassazione aveva consentito di identificare, facendo perno sulla qualifica dei soggetti passivi degli attacchi armati, un "nocciolo duro" di condotte certamente identificabili come "terroristiche". Il fenomeno dei *foreign fighters*, collocandosi in una zona grigia ancora non del tutto coperta né dall'elaborazione giurisprudenziale, né tanto meno dalla produzione legislativa, sollecita tuttavia gli interpreti a nuovi sforzi ermeneutici per cercare di sciogliere il nodo dato dalla sovrapposizione in questa materia tra diritto penale nazionale, internazionale e diritto umanitario. Nella perdurante assenza di decisi interventi normativi in questo senso, l'analisi comparata delle decisioni prese dai tribunali nazionali si presenta come uno strumento utile a mappare le emergenti linee guida elaborate dinnanzi a questo fenomeno da parte della giurisprudenza europea.

Within the context of the controversial issue concerning the legal framework applicable to acts carried out during armed conflict, an authoritative decision of Section I of the Court of Cassation has identified a "hard core" of conduct that may be identified as "terrorist", relying heavily on the classification of the victims of such armed attacks. Yet the conduct of *foreign fighters*, which falls into a gray area not entirely covered by case law or legislation, requires interpreting bodies to engage in new hermeneutic efforts to try and disentangle the overlaps between national criminal law, international law and humanitarian law. Against the backdrop of the continuing lack of any regulation of the issue of *foreign fighters*, comparative analysis of national court decisions thus presents itself as a useful tool for mapping out the emerging guidelines developed in this area by European case law.

SOMMARIO

1. Terrorismo e guerriglia. La giurisprudenza italiana, dall'ordinanza "Forleo" alla sentenza n. 1072/2007. – 1.2. La sentenza del GUP di Napoli, del 23 giugno 2006. – 2. Uno sguardo oltre confine: Regina v. Mohamed Gul. – 3. Il problema dei foreign fighters. – 3.1. Un approccio diverso: la sentenza del Tribunale di Anversa sul caso Sharia4Belgium. – 4. Esitazioni normative e la supplenza dei tribunali nazionali.

1. Terrorismo e guerriglia. La giurisprudenza italiana, dall'ordinanza "Forleo" alla sentenza n. 1072/2007.

Nel 2005, la decisione di un GIP di Milano pone la questione della definizione di "terrorismo" e della sua portata al centro del dibattito giuridico e mediatico. Il Giudice per l'Udienza preliminare ritiene infatti di revocare ai due imputati, membri dell'associazione "Ansar al Islam", la misura cautelare che era stata loro applicata in base all'art. 270^{bis} del codice penale, come modificato dal legislatore italiano in conseguenza degli attacchi dell'undici settembre 2001 alle Torri Gemelle di New York¹. La motivazione dell'ordinanza chiarisce che le ragioni di tale decisione devono essere ritrovate nella volontà, da parte del giudice, di distinguere tra la nozione di "terrorismo" e la nozione di "guerriglia"².

In particolare, da una disamina delle fonti internazionali relative al terrorismo e della loro interazione con la normativa italiana, il GIP ritiene di derivare che «le attività violente o di guerriglia realizzate nell'ambito di contesti bellici, anche se poste in essere da parte di forze amate diverse da quelle istituzionali, non possono essere perseguite neppure sul piano del diritto internazionale, a meno che – ed ecco che in tal caso l'esimente in questione non opera – non venga violato il diritto internazionale umanitario». Il parametro principale a cui appoggiarsi ai fini di tracciare la linea di demarcazione tra le due discipline (il diritto penale e il diritto umanitario) è dato, secondo il giudice, dalla qualifica dei soggetti passivi della condotta violenta: «le attività di tipo terroristico rilevanti, e dunque perseguibili sul piano del diritto internazionale [sono] quelle dirette a seminare terrore indiscriminato verso la popolazione civile in nome di un credo ideologico e/o religioso, ponendosi dunque come delitti contro l'umanità»³.

Nel caso specifico sottoposto all'attenzione dell'autorità di prima istanza, le condotte da esaminare erano quelle dei c.d. *kamikaze* entrati in azione ancora prima dell'invasione dell'Iraq da parte delle forze della coalizione guidata dagli Stati Uniti. In applicazione del principio sopra enunciato, il giudice aveva appunto considerato che, dal momento che gli attacchi di tali soggetti erano destinati ad obbiettivi di tipo militare, essi, anche se avessero dovuto provocare incidentalmente la morte anche di civili, non avrebbero potuto essere considerati come atti di terrorismo, quanto piuttosto come atti di "guerriglia", come tali disciplinati dal diritto internazionale umanitario. Come noto, in base a questo corpo normativo le condotte poste in essere da combattenti legittimi nel contesto di un conflitto armato, internazionale oppure interno, sono considerate lecite a meno che non violino i principi sanciti all'interno delle quattro

¹ L'incriminazione delle condotte riferibili ad associazioni con finalità di terrorismo internazionale è stata introdotta dall'art. 1, co. I, del D.L. 374/01, convertito nella legge 438/01, attraverso l'ampliamento dell'ambito applicativo del delitto associativo già delineato nell'art. 270^{bis} c.p. Sulla questione della definizione di terrorismo la letteratura (e la giurisprudenza) sono sterminate. Per la prima, alcuni titoli senza alcuna pretesa di esaustività: CASSESE, *Terrorism as an International Crime*, in BIANCHI (a cura di), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, 2004, 213 ss.; ID., *International Criminal Law*, Oxford, 2003, 120 ss.; GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. it. Dir. Int.*, 2004, 5 ss.; KOLB, *The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists*, in BIANCHI, *op. cit.*, 227 ss.; VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. Pen.* 2007, 10, 3951. Per la seconda, oltre alle decisioni citate in questo lavoro, v. anche, per gli Stati Uniti: *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 775, 1984; *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991); *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998), *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56, 77-78 (2d Cir. 2003). Per il Canada: *Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada* [2002] 1 S.C.R. 3, 2002, SCC 1. Per la Francia: *Réunion Aérienne v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, Cour de cassation, 2e civ, Mar. 9, 2011, Bull. Civ. II, No. 09-14743 (Fr.), 150 I.L.R. 630 (2012). Ovviamente poi non è possibile prescindere dalla decisione del Tribunale Speciale per il Libano, presieduta dal Giudice Cassese, che per la prima volta ha riconosciuto l'emersione, nel diritto internazionale consuetudinario, di una condotta definibile come "terrorismo in tempo di pace": *Prosecutor v. Ayyash*, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, ¶ 92 n.156 (Special Trib. for Leb. Feb. 16, 2011), 145 I.L.R. 232 (2012).

² GIP Milano (Forleo), ord. 24 gennaio 2005, Drissi, in *Foro Italiano*, II, 2005, c. 219, annotata.

³ Ordinanza 24 gennaio 2005, cit.

Convenzioni di Ginevra del 1949 nonché dai due Protocolli Aggiuntivi del 1977: in tal caso, tali atti vengono qualificati come “crimini di guerra” o, se particolarmente gravi, come “crimini contro l’umanità”. La decisione del GIP, sostenuta anche dalla Corte di Assise di Appello di Milano, era stata tuttavia successivamente corretta dalla Corte di Cassazione, sezione I, con la sentenza n. 1072/07⁴.

Chiamata a definire, in base al rispetto del principio di tassatività penale, la nozione di terrorismo internazionale, la Corte fonda il suo ragionamento ermeneutico sull’art. 270^{sexies} del codice penale, introdotto dal legislatore del 2005 in adempimento degli obblighi europei, ed in particolare della Decisione quadro dell’Unione Europea, 2002/475/GAI. Tale norma, secondo la Cassazione, è una norma aperta, la cui portata applicativa viene determinata dal contenuto delle disposizioni internazionali in materia, tra cui la Convenzione di New York del 1999, finalizzata a contrastare il finanziamento del terrorismo⁵. Dunque, poiché tale Convenzione da conto della «duplicità della disciplina delle condotte terroristiche [in situazioni di conflitto armato] e della necessità di differenziarne il regime giuridico, in relazione alla identità dei soggetti attivi e delle vittime», ne consegue che «deve applicarsi la normativa del diritto internazionale umanitario ovvero quella comune a seconda che i fatti siano compiuti da soggetti muniti della qualità di “combattenti” e siano destinati contro civili o contro persone non impegnate attivamente nelle ostilità»⁶. Applicando questo principio la Corte afferma così che gli attacchi compiuti da gruppi insorgenti che vengano realizzati nel contesto di un conflitto armato interno, anche se portati prevalentemente contro obiettivi militari, possono comunque essere considerati come terroristici ove essi possano coinvolgere direttamente la popolazione civile, oppure comunque soggetti che non siano più direttamente coinvolti nelle ostilità. Nel caso di specie, secondo la Corte, gli attacchi *kamikaze* sono da considerare come atti di terrorismo, dal momento che «la natura di tali atti, i mezzi impiegati e le specifiche condizioni in cui sono compiuti» rende tali attacchi sicuramente produttivi di gravi danni non solo contro i militari ma anche contro i civili⁷.

Il ragionamento ermeneutico svolto dalla sentenza del 2007 non è stato modificato da successive pronunce della Corte di legittimità, e può pertanto essere considerato lo “stato dell’arte” rispetto all’elaborazione giurisprudenziale italiana in materia dei rapporti tra terrorismo e guerriglia. Ciò nonostante, il dibattito nelle corti di merito non sembra essersi sopito: un esempio in tal senso è dato da una pronuncia del 2011, la quale ha nuovamente riproposto la questione relativa difficile definizione del concetto di terrorismo in tempo di guerra.

1.2.

La sentenza del GUP di Napoli, 23 giugno 2011.

Nel giugno del 2011, il Giudice per l’Udienza Preliminare di Napoli manda assolti dall’accusa di associazione terroristica internazionale ex art. 270^{bis} ventinove imputati, processati in conseguenza delle loro attività di sostegno nei confronti dell’associazione nota come “Tigri Tamil”.

Al fine di stabilire se le richieste dell’accusa dovessero essere accolte il giudice ritiene di dover nuovamente procedere alla disamina delle attività, degli obiettivi e degli scopi dell’associazione per verificare se quest’ultima possa a sua volta essere considerata come una organizzazione terroristica, così trovandosi nuovamente a confrontare con il problema della definizione di atti di sovversione politica violenta realizzati da parte di gruppi non direttamente riconducibili alle forze armate di uno Stato nel quadro di una situazione di conflitto interno. Il giudice si dedica pertanto ad una approfondita disamina delle “fonti di conoscenza” della nozione di terrorismo, da ricercare sia nel diritto interno sia nel diritto internazionale: in particolare, egli richiama l’art. 270^{sexies}, che recepisce il contenuto della decisione quadro dell’UE e che, secondo l’impostazione della Corte di Cassazione, consentirebbe l’ingresso

⁴ Importante ricordare che, ancora prima della Sentenza della Corte di Cassazione, la decisione del GIP di Milano era stata revocata in dubbio da parte del GIP di Brescia, il quale aveva disposto nuovamente l’applicazione della misura cautelare custodiale per i due imputati. Su queste decisioni, v.: VIGANÒ, *Profili di diritto penale sostanziale dell’azione di contrasto al terrorismo* (relazione ad un incontro di formazione organizzato al CSM) e VALSECCHI, *Il Problema della definizione di terrorismo*, in RIDPP, 2004, 1127. L’orientamento espresso dalla sentenza è stato successivamente riconfermato anche dalle sentenze 39545/08 e 75/09.

⁵ Denominazione ufficiale, *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, 1999.

⁶ Sentenza 1072/07, par. 2.1.

⁷ Sentenza 1072/07, par. 4.1.

nella normativa statale della definizione di terrorismo contenuta nella Convenzione di New York del 1999.

Pur condividendo il metodo della sentenza del 2007, e cioè il fatto di utilizzare l'art. 270^{sexies} come una "valvola" che consente di aprire le disposizioni di diritto interno al diritto internazionale, trasfondendone poi l'apporto nell'ambito dell'art. 270^{bis}, il GUP non ne condivide tuttavia l'esito e cioè, ricordiamo, che gli atti compiuti contro obiettivi militari possono comunque risultare come atti di terrorismo, qualora la possibilità di lesione o danno ai civili non possa essere esclusa. La disamina delle fonti internazionali condurrebbe infatti l'interprete, secondo il giudice partenopeo, ad un esito diverso. Anzitutto, sostiene l'autorità di prima istanza, l'unico ambito in cui si ritiene di poter riscontrare una accettazione (quasi)⁸ unanime della nozione di terrorismo è quello di atti commessi in "tempo di pace", con l'obiettivo di terrorizzare la popolazione al fine di costringere un governo a fare oppure ad omettere qualcosa. All'applicazione della medesima nozione in tempo di guerra, tuttavia, si opporrebbe l'art. 21 della più volte citata Convenzione di New York sul finanziamento di atti di terrorismo, in forza della quale «nessuna disposizione della Convenzione [di New York] incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e degli individui ai sensi del diritto internazionale, in particolare gli scopi della Carta delle Nazioni Unite, il diritto internazionale umanitario e le altre Convenzioni pertinenti»

Il giudice di Napoli perviene dunque alla conclusione che l'art. 21 della Convenzione di New York funzionerebbe come una vera e propria "clausola eccezionale", la quale escluderebbe che, in ogni caso di conflitto armato, possa parlarsi, per gli atti compiuti con riferimento a quest'ultimo, di atti "terroristici". Ad avviso del giudice, ed è questo l'esito ultimo del suo percorso argomentativo, «le gravi violazioni, o le infrazioni gravi del diritto internazionale umanitario [...] costituiscono crimini internazionali, rientranti nelle categorie di crimini di guerra, ovvero dei crimini contro l'umanità». Per quello che concerne specificamente le condotte direttamente finalizzate a scatenare il terrore ed il panico nella popolazione, esse, pur essendo definite come "terroristiche", non dovrebbero essere punite dal diritto comune ma pur sempre dal diritto umanitario, il quale sanziona i crimini di guerra o contro l'umanità⁹.

La decisione del GUP non è andata esente da critiche, che hanno contestato l'interpretazione da essa propugnata dell'art. 21 della Convenzione di New York, hanno messo in luce come esista, in giurisprudenza, un consenso attorno ad un "nocciolo duro" di condotte che, pur commesse in tempo di guerra, possono essere sicuramente considerate come "terroristiche", e hanno escluso che la, pur possibile, sussumibilità di una condotta ad entrambi gli ordinamenti, cioè del diritto penale comune e del diritto umanitario, possa andare a discapito di quest'ultimo¹⁰. La pronuncia, tuttavia, mette in luce la fatica degli interpreti all'ora di identificare la disciplina normativa di atti che vengono commessi in contesti estremamente articolati e fluidi, quale appunto un conflitto armato interno, e la difficoltà di equiparare in ogni caso attacchi

⁸ La decisione del Tribunale Internazionale per il Libano presieduta dal Giudice Cassese (v. nota 1 per gli estremi), pur se salutata da molti come una pietra miliare nel lungo ed accidentato percorso relativo all'emersione di una nozione condivisa di terrorismo è stata oggetto di alcune critiche. V., ad esempio: GILLET, SCHUSTER, *Fast-track Justice. The Special Tribunal for Lebanon defines Terrorism*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 989 ss.; AMBOS, TIMMERMANN, *Terrorism and Customary International Law*, in SAUL (a cura di), *Research Handbook on international law and terrorism*, Cheltenham, 2014.

⁹ Sentenza GUP di Napoli: «Autorevole dottrina, peraltro, perviene ad una conclusione di tipo diverso sulla compatibilità tra atti di terrorismo e situazioni di conflitto armato, sostenendo che, quando si è superata la soglia del conflitto armato, interno o internazionale che sia le attività delle forze armate dello Stato, al pari di quelle delle altre parti del conflitto, sono regolate dal diritto internazionale umanitario, possono tradursi in crimini di guerra e sono comunque escluse dal campo di applicazione delle convenzioni sul terrorismo che contengono clausole simili a quella che si vorrebbe includere nella fattura convenzione globale, per cui appare evidente che non possono essere più qualificate come terroristiche ai sensi delle convenzioni in materia di terrorismo. In questa prospettiva, la clausola di cui all'art. 21 della Convenzione di New York sulla repressione del finanziamento del terrorismo, funzionerebbe da vera e propria "clausola di esclusione": una volta instaurato un conflitto armato, internazionale o interno, l'immediata operatività del diritto internazionale umanitario non consentirebbe di qualificare, ai sensi della Convenzione stessa e delle altre convenzioni in materia che contengono analoghe clausole di esclusione, le attività delle forze armate, siano esse inquadrare in un vero e proprio Stato, in un movimento insurrezionale o in un movimento di liberazione nazionale, come terroristiche».

¹⁰ V. VALSECCHI, *Sulla definizione di terrorismo "in tempo di guerra"*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 184 ss.

svolti all'interno di questi contesti ad atti di natura terroristica¹¹.

2.

Uno sguardo oltre confine: Regina v. Mohamed Gul.

A conferma di questa difficoltà e della fluidità della definizione di terrorismo in tempo di guerra è possibile anche fare riferimento alla sentenza Regina v. Gul, pronunciata dalla Camera dei Lords nel 2013¹².

La pronuncia prende le mosse dal caso di uno studente universitario turco, Mr. Gul, il quale era stato tratto a giudizio per aver caricato su Internet (YouTube) video di attacchi kamikaze contro le basi militari Iraq, Afghanistan e Cecenia, inneggiando alla lotta contro gli invasori ed alla resistenza armata del popolo. Per la suddetta condotta Mr. Gul era stato condannato, nei precedenti gradi di giudizio, per apologia di terrorismo. La Camera dei Lords doveva pertanto decidere se le condotte mostrate nei video, e cioè attacchi da parte di gruppi insurrezionali contro forze governative nel corso di un conflitto armato interno, fossero da includere all'interno di tale nozione. Tale eventualità era esclusa dalla difesa dell'imputato, secondo la quale la definizione di terrorismo non potrebbe essere estesa ad atti di gruppi insurrezionali o di guerriglia (c.d. "*freedom fighters*").

La risposta della Corte è incerta ed esitante¹³. Prende le mosse dalla constatazione che non esiste una definizione comprensiva di terrorismo, e che la ragione primaria che ha impedito il suo raggiungimento è precisamente data dalla problematica questione dell'inquadramento dei c.d. *freedom fighters*; considera che esistono numerose Convenzioni ONU e del Consiglio d'Europa che definiscono le attività di terrorismo escludendo tuttavia da queste ultime le "attività di forze armate durante un conflitto armato", ma ritiene che «ci sia spazio per discutere della loro effettiva portata, e che, in ogni caso, non sia possibile suggerire che ci sia un completo consenso su questo punto»; fa riferimento alla precedente decisione della House of Lords nel caso Al-Sirri ed al principio, ivi enunciato, per cui «un attacco alle forze internazionali presenti in Afghanistan è in principio capace di essere contrario agli scopi ed ai principi delle Nazioni Unite e, come tale, deve essere considerato come terrorista»¹⁴; infine, rapidamente, afferma che «pare, in diritto internazionale umanitario, che i gruppi insurrezionali che operano in conflitti armati interni non godano della c.d. immunità del combattente»¹⁵. Pertanto, pur ammettendo che ci sia notevole supporto per l'esclusione di atti dei c.d. *freedom fighters* dalla nozione di terrorismo, essa afferma che «questo non significa che, secondo il diritto internazionale consuetudinario, coloro che attaccano personale militare nell'ambito di un conflitto armato interno non possano essere considerati come terroristi». «Nonostante», prosegue la Corte, «il diritto internazionale possa, in futuro, sviluppare una regola che esclude certi particolari atti dalla definizione di terrorismo, non esiste allo stato una pratica statale tanto generale, o una *opinio juris* sufficiente. Conseguentemente, niente al momento esenta coloro che attaccano obiettivi militari durante una insurrezione, dalla definizione di terroristi». La decisione finale è quella di condannare Mr. Gul per apologia di terrorismo.

Due sono i temi che sembrano emergere dalla considerazione delle menzionate decisioni

¹¹ La sentenza del GUP di Napoli è stata poi riformata in Corte di Cassazione (Sez. V, 22 novembre 2013, n. 2843), la quale ha ripreso e riconfermato 1072/07. In un passaggio della sentenza (punto 2.c della motivazione), si chiarisce che: «il terrorismo internazionale si connota, anche se posto in essere in tempo di guerra, per la identità delle vittime (che debbono essere civili o soggetti comunque non impegnati nelle operazioni belliche), per la motivazione politica, religiosa o ideologica [...] e, infine, da quel dato intrinseco alla nozione di terrorismo che è costituito dall'anonimato delle persone colpite dalle azioni violente, come si deve arguire dal rilievo che deve trattarsi della finalità di seminare indiscriminata paura nella collettività». Per una lettura critica dell'orientamento giurisprudenziale proposto, v. la nota di BARTOLI, *Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1728 ss. L'autore, in particolare, evidenzia come l'orientamento giurisprudenziale in esame adotti una nozione di terrorismo disfunzionale al contesto bellico e, in aggiunta, provochi una discriminazione tra legittimi combattenti.

¹² House of Lords, R. v. Gul (Appellant), [2013], UKSC 64.

¹³ In particolare sembra tra le righe di poter leggere una certa preoccupazione per la portata eccessivamente ampia data nella legislazione britannica alla nozione di terrorismo: v. ad esempio par. 33 e 34 della sentenza.

¹⁴ Il caso è, in particolare, Supreme Court, Al-Sirri v. SSHD [2012].

¹⁵ Par. 47 – 50 della sentenza.

giurisprudenziali, delle loro oscillazioni e delle loro incertezze¹⁶. Anzitutto, la sostanziale inefficacia della pur imponente produzione legislativa nazionale e sovranazionale in materia di diritto di guerra e di terrorismo all'ora di fornire una definizione soddisfacente e completa delle condotte incriminate e, conseguentemente, anche di perseguire la loro prevenzione o la loro punizione. All'interno di questo quadro incerto e in costante mutamento, e questo ci pare il secondo punto rilevante, la prima responsabilità per la costruzione di risposte rispettose dei più basilari principi democratici e di diritto, così come coscienti delle ansie e delle paure della società civile, grava sulle spalle dei tribunali nazionali: sotto questo profilo, le sentenze sino a qui analizzate si collocano lungo un arco interpretativo molto vasto, ed illustrano la molteplicità di soluzioni a cui può pervenire la giurisprudenza davanti ad una domanda sostanzialmente identica, cioè se tutti gli atti compiuti da gruppi insorgenti nell'ambito di un conflitto armato interno debbano sempre essere considerati come terroristici oppure no. Ad un estremo possiamo collocare le decisioni dei Tribunali di prima istanza di Napoli e Milano, che affermano che in caso di conflitto armato dovrebbe trovare sempre applicazione il diritto umanitario, e non il diritto penale comune. All'altro estremo troviamo la decisione della Camera dei Lords, la quale ha deciso che tutti gli attacchi compiuti da parte di c.d. *freedom fighters* nel corso di un conflitto siano da considerare come atti di terrorismo, indipendentemente dalla qualifica dei loro destinatari. La posizione della Corte di Cassazione italiana, insistendo appunto sulla qualifica dei destinatari come criterio scriminante, si colloca a metà strada, riservando l'applicazione del diritto penale comune soltanto ad attacchi che non possano escludere dalla loro portata anche vittime civili o comunque non partecipanti alle ostilità.

Proprio il parametro principale impiegato dalla Suprema Corte per tentare di rispondere alla *vexata quaestio* forse merita, in questo contesto, una riflessione ulteriore. È possibile infatti che le difficoltà interpretative incontrate dalle decisioni dei tribunali nazionali e sovranazionali siano anche legate al fatto che, tra i due criteri indicati dalla Convenzione di New York come "guida" mediante la quale discernere quali fatti possano essere disciplinati dal diritto penale comune e quali invece siano sotto il dominio del diritto umanitario, peso assolutamente preponderante sia stato attribuito al secondo, ovvero alla qualifica dei soggetti passivi¹⁷; questo, non solo appunto dalla nostra giurisprudenza, ma anche dalle istanze giurisdizionali straniere. Tale parametro ermeneutico sembra, tuttavia, prestare il fianco a qualche criticità, legata anzitutto al fatto che in qualsiasi guerra, per quanti sforzi vengano fatti, è spesso difficile separare chirurgicamente tra obiettivi militari e obiettivi civili, ed, in secondo luogo, al fatto che i civili stessi, soprattutto all'interno di conflitti armati c.d. interni, possono frequentemente "passare" in modo alternato da uno stato di resistenza armata ad uno stato di non-belligeranza (*"farmers by day and fighters at night"*).

Nel primo senso, la difficoltà di tenere obiettivi militari e civili distinti è riconosciuta anche dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dai loro protocolli aggiuntivi, che costituiscono il "cuore" del diritto internazionale umanitario. In questo senso può ad esempio essere letto l'art.

¹⁶ Non riteniamo opportuno, in questa sede, soffermare l'attenzione su un altro grande caso internazionale che ha affrontato la questione del "terrorismo" in tempo di guerra, e cioè la decisione della Camera d'Appello del Tribunale Internazionale Penale per la Ex Jugoslavia nel caso Galić e Tadić (Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-T, 5 dicembre 2003). La decisione, storica, riconosce per la prima volta che il crimine di "terrorismo" (inteso come decisione consapevole e volontaria di agire in modo tale da generare il panico nella popolazione civile) possa essere compiuto anche all'interno di un contesto di guerra, superando la generica obiezione, sollevata dagli imputati, in forza della quale, durante un conflitto, per definizione, la popolazione civile non può che "avere paura" ed essere terrorizzata. Tale decisione, pur confermando il crimine di terrorismo possa trovare spazio anche in un contesto bellico, è poco rilevante ai nostri fini perché considera la questione soltanto rispetto alle responsabilità di membri delle forze armate ufficiali dello Stato, e non rispetto alle condotte di gruppi "insorgenti" o "irregolari".

¹⁷ Nella sentenza 1072 del 2007, come anticipato, l'attenzione della Corte è interamente concentrata sulle qualifiche delle vittime degli attacchi bellici. Viene menzionato il fatto che, ai fini dell'applicazione del diritto umanitario, occorre che gli atti siano commessi da "combattenti", ma non viene svolta un'analisi concernente i criteri rispetto ai quali tale qualifica possa essere acquisita da parte di gruppi "irregolari", ovvero non già facenti parte delle forze armate di uno Stato. Nella sentenza del GUP di Milano si rileva che: «Proprio da tale normativa ed in particolare da detta esimente, si ricava che le attività violente o di guerriglia poste in essere nell'ambito di contesti bellici, anche se poste in essere da parte di forze armate diverse da quelle istituzionali, non possono essere perseguite neppure sul piano del diritto internazionale, a meno che – ed ecco che in tal caso l'esimente in questione non opera – non venga violato il diritto internazionale umanitario. Da tale ultimo limite può ricavarsi dunque che le attività di tipo terroristico rilevanti e dunque perseguibili sul piano del diritto internazionale siano quelle dirette a seminare terrore indiscriminato verso la popolazione civile in nome di un credo ideologico e/o religioso, ponendosi dunque come delitti contro l'umanità». Nuovamente pertanto l'accento è posto in modo particolare sulle vittime. Anche nella sentenza Regina v. Gul ci si limita a menzionare che «insurgents in non-international armed conflicts do not enjoy combatant immunity», ma nessuna ulteriore riflessione viene svolta sul punto, il quale peraltro è discusso nella dottrina internazionalistica. V. ad esempio Coco, *The Mark of Cain. The crime of terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales* in R. v. Mohammed Gul, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, p. 425 ss. e dottrina ivi citata.

51, paragrafo 5, lett. b) del Protocollo Addizionale n. 1¹⁸. Tale disposizione, infatti, “accetta” che anche i civili possano essere coinvolti dagli esiti di operazioni militari, e sancisce, in questo quadro, l’assoluta imperatività del principio di “proporzionalità”. In altre parole, prima di qualsiasi operazione militare che possa condurre al ferimento o alla morte di civili il vantaggio militare atteso dall’operazione deve essere pesato contro il danno o la perdita che deriverebbero alla popolazione civile. Se la perdita o il danno risultano «eccessivi in relazione al concreto e diretto vantaggio militare» l’attacco non deve essere eseguito o, se già in corso, deve essere interrotto. Tuttavia, la conseguenza implicita della norma è altresì quella di stabilire che, ove le perdite civili siano in una relazione accettabile con il vantaggio militare atteso dalle operazioni, allora tali perdite civili devono essere considerate come proporzionate, inevitabili e, in ultima istanza, legali. Queste perdite sono anche definite come “*collateral damages*”, e, appunto, in certe specifiche circostanze la loro realizzazione può essere “scriminata” dai principi del diritto internazionale umanitario.

Nel secondo senso, l’art. 51 del Protocollo aggiuntivo n. 1 alle Convenzioni di Ginevra sancisce che anche i civili possono essere legittimamente attaccati, durante tutto il tempo in cui essi “partecipino direttamente alle ostilità”¹⁹: in questo modo, il diritto umanitario spinge l’interprete a lavorare su una definizione di “vittima” non statica, non cioè legata ad una mera questione di *status*, quanto piuttosto su una definizione “dinamica”, fondata sulla condotta di ciascuno dei partecipanti al conflitto. In questo contesto si spiega anche l’art. 6, comma V del Protocollo addizionale n. 2, il quale, prendendo atto che nei conflitti interni molto frequentemente la popolazione civile può imbracciare le armi, sprona gli Stati a garantire la più ampia amnistia possibile, alla fine della guerra, a *tutti* coloro (quindi, non solo i militari) che abbiano preso parte ad un conflitto armato interno²⁰.

Come viene spesso detto e ripetuto, il diritto internazionale umanitario è “nato sul campo” ed è modellato sulle circostanze concrete di volta in volta affrontate in battaglia²¹. Le menzionate disposizioni, che da un lato “proteggono” i combattenti dall’applicazione di sanzioni nel caso in cui le vittime civili di un’operazione militare siano “inevitabili” e, dall’altro, consentono in limitati casi anche l’attacco nei confronti degli stessi civili, certificano, sul piano normativo, la fluidità di alcune situazioni belliche e spronano l’interprete di cercare ulteriori parametri, oltre alla qualifica dei soggetti passivi, al fine di dirimere il nodo gordiano dato dall’intreccio tra diritto penale comune e diritto internazionale umanitario in caso di condotte di guerriglia nell’ambito di conflitti armati²². L’importanza e l’urgenza di tale ricerca sembrano riconfermate dalla sempre maggiore diffusione del fenomeno dei *foreign fighters*, che ha bruscamente riproposto la necessità di una risposta unanime e ferma alla questione di atti di terrorismo in contesti di guerra.

¹⁸ «Saranno considerati indiscriminati, fra gli altri, i seguenti tipi di attacchi: [...] b) gli attacchi dai quali ci si può attendere che provochino incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni, che risulterebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto previsto».

¹⁹ Art. 51, par. 3, Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali: «Le persone civili godranno della protezione concessa dalla presente Sezione, salvo che esse partecipino direttamente alle ostilità, e per la durata di detta partecipazione». Il problema della “*revolving door*” tra status di civile e status di combattente, e le difficoltà connesse più in generale alla posizione di quelli che recentemente vengono definiti “*unlawful combatants*” ha lungamente impegnato la dottrina internazionalistica e le corti nazionali. Sul punto, un’importante indicazione viene dal Comitato internazionale della Croce Rossa, che ha dettagliato, in un rapporto, come debba essere identificata la c.d. “partecipazione diretta alle ostilità” da parte di civili. V. anche la decisione della Corte Suprema di Israele nel caso *Public committee against Torture in Israel et al v. The Government of Israel*, 16 dicembre 2006.

²⁰ Art. 6, comma V del Protocollo addizionale n. 2: «Al termine delle ostilità, le autorità al potere procureranno di concedere la più larga amnistia possibile alle persone che avessero preso parte al conflitto armato o che fossero private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato, siano esse internate o detenute».

²¹ V. ad esempio ICRC, *The Law of Armed Conflict*, Lesson 1, p. 9.

²² Pur insistendo sul fatto che esista certamente un “nociolo duro” di condotte che possono senz’altro essere considerate come terroristiche, anche se compiute in tempo di guerra, e pur evidenziando che la natura delle vittime degli attacchi sia cruciale per derivare un’indicazione circa la natura stessa degli atti, anche VALSECCHI, in *Il Problema della definizione di terrorismo*, cit., segnala che «permane in particolare una zona grigia rispetto a fatti commessi nel contesto di un conflitto armato [corsivo nel testo] (che tendono a collocarsi sul confine tra la fattispecie terroristica e altri illeciti sanzionati dal diritto internazionali umanitario quali il genocidio, I crimini di guerra e I crimini contro l’umanità); zona grigia dipendente anche dall’incertezza dei contorni, sempre dal punto di vista del diritto internazionale, delle nozioni di “conflitto armato” e di “forze armate”, nonché, [...] della stessa nozione di partecipazione attiva alle ostilità». Ci pare di poter affermare che la questione dei *foreign fighters* vada ad inserirsi precisamente all’interno di quella “zona grigia” ancora non del tutto coperta, né dall’elaborazione giurisprudenziale, né tanto meno dalla produzione normativa: come si vede nel testo, infatti, le attività dei *foreign fighters* pongono sotto esame precisamente l’estensione di concetti quali “forze armate”, “conflitto armato” e, appunto, “partecipazione attiva” (o diretta) alle ostilità.

3. Il problema dei *foreign fighters*.

Le figure di combattenti che, pur stranieri, partecipano alle “guerre degli altri” per motivazioni politiche (i membri delle Brigate Internazionali nel corso della Guerra civile spagnola) o per motivazioni religiose (i membri della settima brigata nel corso della guerra in ex-Jugoslavia) non sono nuove nella storia²³. Ciò che è nuovo, tuttavia, è la significativa partecipazione, all'interno del conflitto siriano, di un numero piuttosto elevato di giovani cittadini europei che, richiamati e in alcuni casi convertiti dalla propaganda islamica, non solo hanno deciso di abbandonare le loro confortevoli vite occidentali per recarsi sull'insanguinato fronte medio orientale, ma hanno anche poi deciso di rientrare in patria e di estendervi i metodi, le tecniche e le ideologie di combattimento apprese sul campo di battaglia.

Per questo, probabilmente, i legislatori nazionali e anche sovranazionali sono stati colti alla sprovvista, e hanno agito in maniera rapida ma non sempre lucida e coerente. A cominciare dalle risoluzioni ONU relative al fenomeno, che sono state criticate da più parti per una certa superficialità politica e soprattutto per una certa approssimazione giuridica²⁴, gli interventi degli ultimi anni non sono riusciti del tutto a delineare i contorni delle fattispecie rilevanti. Questa difficoltà è accresciuta dal fatto che i *foreign fighters* si muovono in una zona normativamente fluida (o, come notato dalla dottrina italiana, “grigia”²⁵), data dalla sovrapposizione tra diritto penale internazionale, diritto internazionale umanitario e, ovviamente, i diritti penali nazionali. In questo quadro complesso, la difficoltà di discernere la reale portata della nozione di terrorismo, e di distinguerla da altri casi di violenza guerresca, invece normata e disciplinata da parte del diritto internazionale umanitario, torna a proporsi con particolare evidenza e, in mancanza ancora di una definizione internazionalmente valida ed accettata di terrorismo, le Corti Nazionali sono di nuovo chiamate in prima linea. Sono pertanto particolarmente interessanti alcune nuove risposte tentate da parte di tribunali stranieri per cercare di uscire dall'*impasse* riassunta più sopra.

3.1. *Un approccio diverso: la sentenza del Tribunale di Anversa sul caso Sharia4Belgium.*

Il Belgio, fino a qualche anno fa nelle retrovie della scena politica internazionale, si è negli ultimi anni non solo scoperto al centro di un vasto ed articolato *network* terroristico, ma anche bersaglio vulnerabile di attività legate alla sovversione violenta, dalla semplice propaganda all'attentato. Il quartiere di Molenbeek, uno dei più poveri del paese, si è rivelato essere il cuore di una costante attività di incitazione alla violenza e all'estremismo che, sebbene denunciata da parte di alcuni coraggiosi giornalisti, era rimasto inascoltato dalle autorità per anni²⁶. Le immagini stranianti dei carri armati nelle strade deserte della capitale Bruxelles hanno, insieme agli attentati di Parigi del novembre del 2015, fornito conferma brutale del fatto che la guerra (*del* terrorismo e *al* terrorismo) era, in qualche modo, già arrivata “sulle porte delle nostre case”.

Il caso *Sharia4Belgium* ha, agli occhi della popolazione belga e non solo, confermato questa impressione. Il “più grosso processo europeo nei confronti di soggetti accusati di sostenere la violenza islamistica in Siria”²⁷ è il procedimento intentato dalle autorità belghe appunto nei confronti dei membri di questa associazione. Gli imputati del processo sono 46, la stragrande maggioranza dei quali europei – 42 Belgi e 2 olandesi – due sono di cittadinanza marocchina.

²³ Sul punto, v. ad esempio: FLORES, *Foreign Fighters Involvement in National and international Wars: a Historical Survey*, in DE GUTTRY, CAPONE, PAULUSSEN (a cura di), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Berlin, 2016. V. anche HEGGHAMMER, *The Rise of Muslim Foreign Fighters. Islam and the Globalization of Jihad*.

²⁴ Vedi più sotto.

²⁵ VALSECCHI, *Il Problema della definizione di terrorismo*, cit.

²⁶ La giornalista che svolse l'inchiesta, e ne scrisse prima per i giornali e poi raccogliendo le sue indagini in un libro, è Hind Fraihi. Nel corso della sua ricerca, scoprì che all'interno del quartiere era possibile assistere a lezioni di predicatori che incitavano alla lotta armata, e che pubblicazioni inneggianti alla guerra santa erano di facile reperimento: FRAHI, *Immersion à Molenbeek*, Paris, 2016.

²⁷ BARTUNEK, *In Europe, parents' dismay as Syria jihad lures troubled teens*, Reuters, 8 February 2015, disponibile in [questa pagina web](#). Sulla situazione in Belgio, sulle risposte normative e sul caso *Sharia4Belgium v. PAULUSSEN, ENTENMANN*, *National Responses in Select Western European Countries to the Foreign Fighters Phenomenon*, in DE GUTTRY, CAPONE, PAULUSSEN, *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, cit., 291 ss.

36 degli accusati sono processati *in absentia*, perché presumibilmente ancora in Siria²⁸.

Le accuse mosse nei confronti degli imputati spaziano dalla partecipazione e organizzazione di attività terroristica alla propaganda, all'insurrezione armata: i crimini sarebbero commessi non soltanto in Belgio, ma anche in Turchia, e in Siria, nel periodo di tempo compreso tra il 2 marzo del 2010 e il 20 giugno del 2014²⁹. In questo quadro si collocano appunto le attività del gruppo *Sharia4Belgium* il quale, avendo arruolato giovani provenienti dalla classe media belga, aveva proceduto nel corso degli anni ad una intensa opera di "indottrinamento", incoraggiando, sostenendo e praticamente facilitando la partenza di alcuni dei suoi membri verso la Siria, e, successivamente, il loro rientro in Europa. La storia del padre di uno di questi ragazzi, poi imputato nel processo, che per tre volte aveva viaggiato in Siria per riportare il figlio a casa, aveva fatto il giro delle testate giornalistiche di tutto il mondo³⁰.

L'aspettativa nei confronti della decisione della Corte di Anversa era conseguentemente molto alta. Il processo affrontava, tra i primi, il problema di cittadini europei che si erano recati in territorio siriano al fine di adempiere alla chiamata del *jihad* e combattere contro il regime di Bashar al-Assad. La principale questione, come sempre, era di chiarire su un piano giuridico se, e per quale motivo, le condotte dei membri del gruppo *Sharia4Belgium* dovessero considerarsi condotte terroristiche, nel quadro della situazione internazionale ed in particolare della situazione siriana. In questo senso, il problema che la Corte di Anversa è chiamata a giudicare si avvicina al problema già affrontato dalle sentenze italiane precedentemente menzionate: l'attività di coloro che si impegnino a favore di un gruppo insurrezionale operativo in uno scenario di guerra devono essere considerate terroristiche, alla luce del fatto che, secondo i principi del diritto internazionale umanitario, alcune condotte violente, se poste in essere nel rispetto di principi internazionali, possono essere scriminate?

In questo quadro, la decisione del Tribunale di Anversa risulta estremamente interessante perché, pur arrivando a condannare tutti gli imputati per il reato di terrorismo, perviene alla sua decisione utilizzando un percorso argomentativo meno frequentemente utilizzato rispetto a quelli analizzati fino a questo momento: il Tribunale, infatti, invece che concentrarsi sul "soggetto passivo" della condotta terroristica (civili o militari) si concentra sul suo "soggetto attivo", ovvero il gruppo o il movimento insurrezionale.

La Corte di Anversa elabora il proprio ragionamento in risposta alle argomentazioni sollevate dalle difese degli imputati, i quali nello specifico sostenevano che il Tribunale non avesse competenza per decidere delle accuse, perché, al più, gli imputati avrebbero commesso "crimini di guerra" i quali, come tali, avrebbero dovuto essere giudicate da un Tribunale speciale. Al fine di articolare questa posizione la difesa si basava sull'articolo 141*bis* del Codice penale belga, il quale esplicitamente prevede che, in caso di conflitto armato, le previsioni relative ai reati di terrorismo non possano trovare applicazione, dovendo operare, in questi casi, le Convenzioni di Ginevra del 1949 e I Protocolli Addizionali del 1977, cioè appunto il diritto internazionale umanitario. L'argomento degli imputati era che le loro attività all'estero dovessero essere considerate nel quadro del conflitto armato indiscutibilmente presente in Siria, e che, conseguentemente, non avrebbero dovuto trovare applicazioni le previsioni del codice penale belga relativo ad attività terroristiche, ma soltanto le disposizioni del diritto internazionale umanitario, per il quale, tuttavia, il Tribunale di Anversa non avrebbe avuto giurisdizione.

L'assoluta peculiarità del contesto all'interno del quale si erano mossi gli imputati nel corso delle loro attività in territorio siriano spiega la scelta argomentativa della difesa: in primo luogo, la mancanza di testimoni circa gli obiettivi e gli scopi delle azioni e la pressoché assoluta impossibilità di sapere e di provare con certezza che cosa fosse accaduto all'estero rendeva difficile per gli avvocati difensori impiegare l'argomento relativo alla qualifica dei soggetti passivi (civili o militari) per provare ad escludere l'imputazione di terrorismo. In secondo luogo, e, a nostro modo di vedere, preminentemente, fino al 2014 (cioè il termine dell'arco temporale esaminato nel processo) il sedicente Stato Islamico (Daesh, IS, ISIS, a seconda delle dizioni) e i gruppi gravitanti attorno ad esso non erano ancora considerati come una minaccia

²⁸ Correctionele Rechtbank Te Antwerpen, 11 februari 2015, NjW 2015, afl. 320, 280.

²⁹ La difesa sollevata rispetto alle attività svolte dai membri del gruppo *Sharia4Belgium* in Siria che, come vedremo, rappresenta il cuore del processo – e cioè che tali condotte dovrebbero essere scriminate dal diritto umanitario – non poteva naturalmente trovare applicazione rispetto alle condotte da questi ultimi tenute in Belgio, visto che evidentemente esso non versa in una situazione di conflitto armato. Può essere utile comunque segnalare, *passim*, che, rispetto alle condotte realizzate in Belgio, non vi sono state particolari difficoltà da parte della Corte a considerarle come condotte di natura terroristica.

³⁰ TAUB, *Journey to Jihad. Why are teen-agers joining ISIS?*, The New Yorker, 1 giugno 2015, disponibile in [questa pagina web](#).

terroristica globale, anche se, sicuramente, erano già operativi sul teatro di guerra siriano ed avevano già iniziato un'importante opera di reclutamento, sia in Medio Oriente sia in Europa. Di conseguenza, la difesa aveva un certo margine di manovra per provare a chiedere che, alle condotte degli imputati, venisse applicata la scriminante del diritto umanitario.

Il Tribunale conferma l'esistenza, in Siria, di un conflitto armato non-internazionale, secondo la dicitura del diritto internazionale umanitario, al quale, appunto andrebbero applicate le previsioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949³¹. Tuttavia, afferma la Corte, l'applicazione di tali previsioni non vale per gli imputati, e non tanto perché essi avrebbero concentrato la loro attività nei confronti di obiettivi civili – anche se poi il tema viene ripreso in una parte successiva della sentenza – quanto piuttosto perché i gruppi estremistici locali a cui si sarebbero legati i membri di *Sharia4Belgium* una volta in territorio siriano non presenterebbero, secondo il Tribunale, i tratti necessari per qualificarsi come attori di diritto internazionale umanitario, legati cioè agli obblighi, ma anche ai diritti, dei combattenti tradizionali. La Corte sviluppa la sua argomentazione partendo dall'art. 4A della terza Convenzione di Ginevra, Relativa alla Protezione dei Prigionieri di Guerra, e dalle caratteristiche che, secondo tale previsione, dovrebbero avere le «milizie e gli altri corpi volontari, compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati» al fine di beneficiare della protezione e dello status di «prigionieri di guerra». Orbene, secondo l'art. 4A i «gruppi di guerriglia» dovrebbero avere una struttura di comando riconoscibile, responsabile per il comportamento dei suoi sottoposti. Inoltre, tali forze dovrebbero portare armi apertamente, e rispettare le leggi ed i costumi di guerra³². Nel quadro della decisione la Corte attribuisce importanza particolare al primo criterio: perché «ove c'è una struttura chiara di comando, esiste anche la possibilità di identificare i responsabili, laddove vengano compiuti crimini di guerra: ci deve essere una leadership identificabile, che possa essere chiamata a rispondere»; inoltre soltanto «il comando [può] assicurarsi che i suoi membri siano in grado di rispettare il diritto umanitario»³³.

Ebbene, secondo la Corte queste caratteristiche mancherebbero nel caso dei gruppi di cui fanno parte gli imputati, per due ragioni fondamentali. In primo luogo, la Corte afferma che le associazioni a cui i membri di *Sharia4Belgium* si sono affiliati certamente non abbiano una struttura organizzativa e di comando chiara, e neppure una guida che possa essere chiamata a rispondere per le eventuali violazioni compiute durante il conflitto³⁴. In secondo luogo, afferma la Corte, ed è qui che di nuovo l'accento si sposta sugli obiettivi delle condotte e sui destinatari di queste ultime, le associazioni a cui *Sharia4Belgium* si sarebbe affiliata sul territorio, ed in particolare le associazioni di *Jabhat Al-Nusra* e di *Majlis Shura Al-Mujahidin*, non solo non sarebbero in grado di rispettare il diritto internazionale umanitario ma neppure vorrebbero farlo. La conseguenza è che nessuno dei gruppi a cui *Sharia4Belgium* si sarebbe affiliata possono essere considerati come «combattenti legittimi» secondo il diritto internazionale umanitario. Quindi, secondo la Corte, l'art. 141bis del codice penale belga non trova applicazione, e nessuna esimente può essere estesa agli autori delle condotte in esame, i quali potranno pertanto essere chiamati a rispondere in base alle norme generali in materia di terrorismo.

³¹ Non quelle del secondo protocollo del 1977, relativo alla *Protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali*, perché la Siria non vi ha aderito.

³² Art. 4, Terza Convenzione di Ginevra: «Sono prigionieri di guerra [...] i membri delle altre milizie e degli altri corpi di volontari, comprese quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti ad una parte belligerante e che operano fuori o all'interno del loro proprio territorio, anche se questo territorio è occupato, sempre che queste milizie o questi corpi di volontari, compresi detti movimenti di resistenza organizzati, adempiano le seguenti condizioni: a) abbiano alla loro testa una persona responsabile dei propri subordinati; b) rechino un segno distintivo riconoscibile a distanza; c) portino apertamente le armi; d) si uniformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi di guerra». Più o meno gli stessi requisiti sono anche ripresi dal Secondo Protocollo Aggiuntivo, art. 1, il quale «si applicherà a tutti i conflitti armati [...] che si svolgono sul territorio di un'Alta Parte Contraente fra le sue forze armate e forze armate dissidenti, o gruppi armati organizzati che, sotto la condotta di un comando responsabile, esercitano, su una parte del suo territorio, un controllo tale da permettere loro di condurre operazioni militari prolungate e concertate, e di applicare il protocollo».

³³ Correctionele Rechtbank Te Antwerpen, paragrafo 3.1. «L'organizzazione – ed una struttura di comando con conseguenti responsabilità sono certamente cruciali [per l'applicazione] del diritto internazionale umanitario. Questa organizzazione e questa struttura di comando chiara hanno la funzione di garantire che i membri [del gruppo] siano capaci di rispettare il diritto internazionale umanitario. Inoltre, una struttura di comando chiara è necessaria al fine di identificare i responsabili, ove vengano commessi crimini di guerra. Ci dovrebbe essere anche una leadership identificabile, che possa essere ritenuta responsabile». Traduzione dell'autrice. Si ringrazia l'Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC) per la preziosa assistenza fornita nel reperimento delle sentenze originali.

³⁴ «La Corte pertanto conclude che l'art. 141 bis del Codice Penale belga [il quale appunto prevede che in caso di guerra possa essere applicato il diritto umanitario] non debba trovare applicazione nei confronti degli imputati per due ragioni principali: a) innanzitutto, la Corte ritiene che i gruppi ai quali gli imputati erano affiliati certamente non avessero una struttura organizzativa idonea con una leadership identificabile e responsabile; b) in secondo luogo, la Corte trova che le organizzazioni *Jabhat Al-Nusra* e *Majlis Shura Al-Mujahidin* ed i loro membri non siano in grado di rispettare il diritto internazionale umanitario».

Collocandosi nel solco di tutte le pronunce che, nel corso degli anni, hanno cercato di risolvere la controversa problematica relativa alla qualifica delle condotte tenute da “milizie” o “gruppi insurrezionali” nel quadro di un contesto armato, la sentenza del Tribunale di Anversa si caratterizza anche per una certa originalità di approccio. Come si è visto, infatti, il cuore della motivazione che porta i giudici a ritenere inapplicabile la scriminante del diritto umanitario ai membri di *Sharia4Belgium* non risiede tanto nella qualifica passiva delle vittime dei loro attacchi, quanto piuttosto nella struttura stessa (anarchica, proteiforme, fluida e disorganizzata) dei gruppi ai quali essi si sarebbero affiliati. Questa impostazione arricchisce di un altro tassello il complesso mosaico delle soluzioni ermeneutiche costruite dai Tribunali nazionali e sovranazionali rispetto alla questione terrorismo/guerriglia, fornendole anche di un ancoraggio normativo, da riscontrare nell’art. 4A della Terza Convenzione di Ginevra. La decisione in questione sembra pertanto meritevole di attenzione e di discussione, alla luce del fatto che la questione relativa alla struttura ed all’organizzazione dei vari gruppi terroristici è normalmente affrontata piuttosto di sfuggita dalle altre importanti pronunce che si sono susseguite sul tema: l’angolatura scelta dal Tribunale belga potrebbe dunque fornire agli interpreti un ulteriore strumento ermeneutico sulla base del quale articolare le proprie valutazioni ove, per ragioni date dal contesto all’interno del quale la specifica condotta si è svolta, l’ancoraggio alle qualifiche passive dei destinatari della stessa risulti sfuggente o poco chiaro.

Si potrebbe argomentare, tuttavia, che di fronte agli scempi compiuti in Medio Oriente da parte di ISIS (o IS, o Daesh, a seconda delle dizioni) queste distinzioni siano, su un piano etico, irrilevanti, e su un piano giuridico, inutili. La gravità dei crimini commessi e la violenza professata dai membri di IS, sono tali da rendere evidente la sua qualificazione come gruppo terroristico e le condotte dei suoi membri punibili sulla base dei principi generali del diritto internazionale, e del diritto internazionale umanitario. La parte finale del presente lavoro si vorrebbe articolare come una replica a questa possibile obiezione.

4.

Esitazioni normative e la supplenza dei tribunali nazionali.

Nel corso dell’ultimo anno, alcune sentenze italiane in materia di c.d. *foreign fighters* hanno provveduto a testare la tenuta di alcuni dei più recenti precetti normativi introdotti dal legislatore italiano in materia di anti terrorismo³⁵. Nell’ambito, tuttavia, delle numerose ed articolate riflessioni svolte dai Tribunali circa il contenuto e la portata delle nuove norme incriminatrici e circa la loro pratica applicazione, sembra mancare un’analisi relativa al presupposto fattuale necessario per l’applicazione delle suddette fattispecie: assente, in altre parole, è una riflessione finalizzata a stabilire in presenza di quali presupposti tali disposizioni potrebbero o dovrebbero lasciare spazio all’applicazione del diritto umanitario.

Tale assenza può certamente essere spiegata dal fatto che, in tutti i casi più recenti, gli imputati erano accusati di condotte di favoreggiamento, di supporto o di propaganda a favore dello Stato Islamico, il quale come anticipato può senza dubbio essere considerato un’organizzazione terroristica, per la sua struttura articolata, per gli scopi perseguiti e per le modalità con i quali essi vengono perseguiti. Pur con considerevoli differenze tra loro³⁶, le sentenze analizzate prendono atto della condivisa opinione relativa alla pericolosità ed alla crudeltà dell’organizzazione, appoggiandosi anche sulle due risoluzioni passate dalle Nazioni Unite nel 2014, che, appunto, collegano senza esitazione la nozione di *foreign fighter* alla nozione

³⁵ Il riferimento è, ad esempio, a Cass. Sez. I pen., 6 ottobre 2015, n. 47489, Corte d’Assise I di Milano, 25 maggio 2016, n. 3, e a G.U.P. di Milano, 23 febbraio 2016, n. 598. Quest’ultima decisione, in particolare, ha condannato ex Art. 270bis tre imputati di origine straniera e Marianna Sergio, sorella della più famosa Maria Giulia, prima “foreign fighter” italiana. Quest’ultima, a sua volta, è stata condannata dalla Corte d’Assise di Milano, nel dicembre del 2016, ad undici anni di reclusione sulla base dell’art. 270bis. Grande aspettativa esiste rispetto alle motivazioni della sentenza in questione. Nell’ottica del presente articolo, sarà soprattutto interessante verificare se la Corte si avventurerà in una disamina dei presupposti necessari per l’applicazione delle norme anti-terrorismo o se, come è accaduto nella maggior parte dei casi citati, si limiterà ad un richiamo generale ai modi e metodi dello Stato islamico, e alle Risoluzioni ONU.

³⁶ La sentenza del GUP di Milano, 23 febbraio 2016, esamina in modo molto dettagliato la struttura e l’organizzazione dello Stato Islamico, mentre la sentenza della Corte d’assise di Milano, del maggio del 2016, si limita ad affermare che: «il c.d. Stato Islamico è ormai un’organizzazione terroristica riconosciuta a livello sovranazionale. Le risoluzioni nn. 2170 e 2178 adottate nel 2014 dall’ONU hanno rappresentato la decisione unanime delle Nazioni Unite di qualificare lo “Stato islamico” quale organizzazione terroristica, imponendo agli stati intervenuti idonei a limitarne la minaccia [...] risulta pacifico, dunque, che l’IS sa un’organizzazione terroristica, e tale natura non abbisogna di ulteriori dimostrazioni», p. 4. Lo stesso si può dire per la sentenza di Cass. Sez. I pen., n. 47489, ove si motiva come segue: «la natura di associazione terroristica dell’IS è sancita da Autorità internazionali vincolanti nell’ordinamento».

di “terrorista”. Tuttavia non solo, come già evidenziato³⁷, l’impiego delle Risoluzioni ONU³⁸ come ancoraggio ermeneutico per la definizione della condotta incriminata come “terroristica” è problematico sul piano della gerarchia delle fonti di diritto interno, ma, altresì, il contenuto stesso delle risoluzioni è stato chiamato in dubbio da più di un osservatore internazionale³⁹.

In quest’ultimo senso, la maggiore critica che è stata sollevata risiede nel fatto che i c.d. *foreign fighters* vengano considerati come terroristi, in assenza, tutt’ora, di una definizione internazionale unanime di terrorismo in tempo di guerra. Se tale scelta può spiegarsi con il contesto all’interno del quale tali risoluzioni sono state approvate⁴⁰, essa tuttavia rappresenta una risposta emozionale ad un problema più articolato di quanto sia dato di derivare dal testo delle Risoluzioni stesse. In particolare, appiattendolo la figura del *foreign fighter* sulla figura di un membro dello Stato Islamico, entrambe le risoluzioni finiscono per ampliare lo spettro e la portata delle norme nazionali finalizzate a contrastare il fenomeno terroristico senza tuttavia affrontare, nuovamente, il cruciale nodo di chiarire se ed in quali termini gruppi di guerriglieri armati possano legittimamente operare in contesti di guerra senza essere bollati come terroristi. L’operazione, facile su un piano politico e mediatico, è appunto resa possibile dal fatto che, attualmente, i *foreign fighters* per eccellenza siano i combattenti dello Stato Islamico, ma lascia molte questioni in sospeso rispetto al modo in cui dovranno essere normativamente inquadrare nuove forme di affiliazione e nuove alleanze che possano emergere, non solo in relazione all’attuale conflitto in Siria⁴¹, ma anche in relazione a ipotetici scenari futuri, all’interno dei quali, data l’ormai illimitata connessione globale, non è possibile escludere che nuovamente cittadini stranieri si rechino al fronte in Stati esteri, richiamati da ragioni ideologiche o religiose.

A riprova della rilevanza e della delicatezza di queste questioni, e del fatto che esse non possano venire risolte con un’indiscriminata applicazione delle norme antiterrorismo a tutti i *foreign fighters*, appiattendone la figura interamente solo sulla minaccia rappresentata, al momento dallo Stato islamico, è possibile menzionare in chiusura anche il Rapporto Finale sul *Terrorism Act* britannico⁴². Tale Rapporto, riprendendo la controversa sentenza *Regina v. Mohamed Gul* della quale si è riportato più sopra, evidenzia come, pur statuendo che non sussista, al momento, la c.d. eccezione del *freedom fighter* nel diritto internazionale, la pronuncia in esame «lasci in effetti aperta la questione se tale eccezione debba, in generale, esistere oppure no». Appunto tale problematica, suggerisce il Rapporto, riemerge con particolare urgenza con

³⁷ Da ultimo, appunto sul tema delle risoluzioni ONU in materia di “*foreign fighters*”, v. R. BERTELESI, *Il caso Fathima e le condotte di supporto ad un’organizzazione terroristica*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2016.

³⁸ In particolare: nel 2014, risoluzioni n. 2170, 2178, nel 2015 risoluzioni 2199, 2214 e 2249.

³⁹ KRAEHEMANN, *Foreign Fighters under International Law*, Academy Briefing no. 7, Geneva, October 2014: «The Security Council thus requires states to criminalize terrorism-related conduct beyond what is provided for in any universal treaty on terrorist offences without providing a definition of terrorism [...] the resolution significantly blurs the lines between terrorism and armed conflicts, not just rhetorically, but by creating legal consequences for foreign terrorist fighters who intend to travel abroad. Without defining terrorism, but including acts associated with an armed conflict, the resolution’s indented effect is to criminalize travel, or attempted travel, by foreign fighters to join groups condemned as terrorist groups», p. 42 – 43. V. anche: AMBOS, *Our terrorists, your terrorists? The UN Security Council urges States to combat “foreign fighters” but does not define “terrorism”*, EJIL Talk; SCHEININ, *Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters*, in [questa pagina web](#).

⁴⁰ Dopo una spettacolare evasione di massa dal carcere di Abu Ghraib nell’estate del 2013, che consente la liberazione di molti dei suoi membri, ISIS lancia un’offensiva contro la città irachena di Fallujah nel gennaio del 2014. Dopo circa sei mesi, il gruppo controlla grosse porzioni di territorio a cavallo tra il nord-est della Siria e il nord-ovest dell’Irak. Le operazioni di guerra sono accompagnate da massacri indiscriminati di civili e dalla persecuzione delle minoranze religiose, dai musulmani sciiti, ai cristiani, agli yazidi. Alla fine del giugno dello stesso anno, al-Baghdadi proclama il califfato.

⁴¹ Ad esempio: alcune sentenze (tra cui quella di un Tribunale dell’Aja, nel 2016) hanno risolto la questione inerente la qualifica “terroristica” delle condotte tenute da cittadini olandesi arruolati nelle file del Califfato affermando che IS vuole rovesciare l’unica struttura statale esistente in Siria, cioè il governo di Bashar al- Assad, e che, pertanto, essa è inerentemente terroristica. In questo modo evidentemente i giudici hanno cercato di superare gli ostacoli relativi alla mancanza di prove specifiche relative alle condotte che gli imputati avrebbero potuto tenere in territorio siriano. Ma una decisione siffatta apre immediatamente una serie di complicate questioni connesse. Ad esempio, quale dovrebbe essere invece la posizione di uno Stato come la Francia, che ufficialmente ha disconosciuto il governo di Assad riconoscendo invece come unico interlocutore il Consiglio Nazionale Siriano, nei confronti di coloro che si recano in Siria precisamente allo scopo di collaborare alla caduta del regime di Assad? Oppure, al contrario: dovrebbe allora la condotta di coloro che si recano in Siria a combattere per il regime di Assad essere scriminata (la questione si è posta in Australia)? Vedi, per esempio, LERN, *European Jihadists: the Latest Report*, 21 Marzo 2013, Gatestone Institute: «Leading French anti-terrorism Judge Marc Trévidic told *Le Figaro* that the presence of so many French jihadists in Syria presents French authorities with an uncomfortable paradox. Because France officially supports the effort to overthrow the Assad regime – France was the first Western country to recognize Syria’s rebel council as the country’s legitimate interlocutors – it is difficult for the French government now to come out and say that it does not support those who are fighting the war». Su questo vedi ancora PAULUSSEN, ENTENMANN, *National Responses in Select Western European Countries to the Foreign Fighters Phenomenon*, cit.

⁴² ANDERSON, *The Terrorism Acts in 2013. Report of the Independent Reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006*, Luglio 2014.

riferimento al nuovo fenomeno dei *foreign fighters*, rispetto al quale « il dibattito [...] non potrà essere risolto tramite un'operazione di mera cosmesi definitoria »⁴³. Il Relatore, pertanto, suggerisce che una discussione informata dovrebbe svolgersi su questioni quali: a) come trattare normativamente i *foreign fighters*, includendo nella questione anche il tema di decidere se debba esserci, per tutti i cittadini britannici, una proibizione generale a partecipare a qualsiasi conflitto all'estero; b) se tale proibizione debba basarsi su leggi anti-terrorismo, e, c) in caso affermativo, sulla base di quale motivazione: «perché qualsiasi partecipazione ad un conflitto armato è inerentemente terroristica, o perché, piuttosto, c'è il rischio *blowback* da parte del singolo combattente»?

Chiaramente, nell'intento dell'autore del Rapporto, questo compito dovrebbe spettare ai legislatori nazionali, nella specie quello britannico. È d'altra parte evidente che difficilmente una risposta a questi quesiti verrà prodotta in tempi brevi da parte degli Stati, i quali, come dimostrato dallo stallo, ormai protratto, delle contrattazioni relative alla stesura di una Convenzione generale contro il terrorismo, sembrano non essere in grado di arrivare a risposte condivise alle questioni di cui sopra⁴⁴. A questo, come discusso, si deve aggiungere che la soverchiante minaccia rappresentata dallo Stato islamico sembra avere ormai assorbito al suo interno tutte le questioni giuridiche relative alla posizione dei *foreign fighters* tra guerra, terrorismo e guerriglia, che, nel quadro del contesto internazionale, sembrano a molti osservatori mere questioni astratte e di scarsa ricaduta pratica. Non solo, tuttavia, una decisione di fondo sulle questioni discusse in questo articolo potrebbe avere un impatto pratico significativo sulla tenuta, sulla portata e sull'efficacia del diritto internazionale umanitario, in questo modo, anche se limitatamente, contribuendo a una maggiore regolamentazione dei conflitti internazionali e soprattutto interni⁴⁵. Ancora più in profondità, un dibattito approfondito e serio su questi temi potrebbe facilitare una maggiore onestà intellettuale da parte di tutti i partecipanti di questa complessa vicenda, includendo tra essi anzitutto i suoi attori principali, cioè gli Stati nazionali e la loro massima rappresentanza politica, l'assemblea delle Nazioni Unite.

Nell'attesa di uno scatto di coraggio in questo senso, tuttavia, sembra allora ragionevole presumere che sempre maggiore responsabilità dovrà gravare sulle spalle delle giurisdizioni nazionali, i quali saranno chiamati a costruire risposte sempre più attente e calibrate ad un fenomeno che potrebbe accompagnare l'Europa per gli anni a venire. Appare per questo motivo altresì importante che gli studiosi della materia continuino a seguire e monitorare le decisioni dei Tribunali nazionali, per essere in grado di cogliere le risposte più recenti e più innovative al problema.

⁴³ ANDERSON, *The Terrorism Acts in 2013*, cit., pp. 96 ss. Sul punto, in particolare, KRÄHENMANN, *The obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination*, in DE GUTTRY, CAPONE, PAULUSSEN, *Foreign Fighter Under International Law and Beyond*, cit., pp. 229-246.

⁴⁴ V. ad esempio, HMOUD, *Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism: Major Bones of Contention*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 5, 2006, p. 1031 ss.

⁴⁵ Sul punto, e in particolare sul fatto che estendere la qualifica di "combattente regolare" anche a gruppi insurrezionalisti o ribelli in luogo di "bollarli" come terroristi potrebbe avere un impatto positivo sulla condotta di tali gruppi, spingendoli e motivandoli verso un maggiore rispetto del diritto internazionale umanitario, v. ad esempio: CASSESE, *Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane*, in CASSESE (a cura di) *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 519 ss; BANGERTER, *Reasons why armed groups choose to respect international humanitarian law or not*, in *International Review of the Red Cross*, 882, 2011. Con particolare riferimento al caso Regina v. Mohamed Gul, vedi, recentemente, anche COCO, *The Mark of Cain. The crime of terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R. v. Mohammed Gul*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, p. 452 ss. Nella dottrina italiana, v. BARTOLI, *Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato*, cit.