

Costituzione ed emergenza terroristica

di Giovanni Di Cosimo

«Emergenza» e «crisi» sono parole vuote,
di cui ci si serve per predisporre le menti ad atti di brutalità.
M. Walzer, *Guerre giuste e ingiuste*, Napoli, 1990, (ed. or. 1977), 329

Bilanciamento

Dopo l'11 settembre le società occidentali si interrogano su come debba essere affrontato il terrorismo internazionale. Sappiamo che la questione è complessa per molti motivi, a partire dal fatto che sono in gioco principi parzialmente contrastanti come libertà e sicurezza. Pure noto è che occorre cercare un bilanciamento tra le esigenze di maggiore sicurezza e quelle al mantenimento degli standard di tutela delle libertà, onde evitare che per garantire l'una si sacrificino completamente le altre. E sempre questa necessità segna il confine che non si dovrebbe oltrepassare. Altrimenti, procedendo sulla strada di successive limitazioni delle libertà in nome della sicurezza, si rischia che le misure adottate allo scopo di preservare la democrazia conducano paradossalmente alla sospensione dei principi liberal-democratici¹.

Non sorprende, pertanto, l'allarme in merito al profilarsi di uno stato di eccezione à la Schmitt². La «creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (...) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici»³.

Clausola

Nondimeno, l'attacco terroristico richiede una risposta efficace⁴. Secondo una diffusa opinione, a questo fine è necessario che le autorità adottino misure straordinarie che, in quanto tali, incidono sulle libertà e sui diritti. Il punto è come fare in modo che così non

* In corso di pubblicazione nel volume *Paradigmi dell'eccezione e ordine giuridico. Regole, garanzie e sicurezza (obiettivi?) di fronte al terrorismo internazionale*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Eum (il volume raccoglie gli atti del convegno svoltosi all'università di Macerata il 20 e 21 maggio 2009).

1 «Democracies are entitled to try officers and soldiers of enemy forces for war crimes. But it is a recurring theme in history that in times of war, armed conflict, or perceived national danger, even liberal democracies adopt measures infringing human rights in ways that are wholly disproportionate to the crisis» (J. Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in *The Inter. and Comp. Law Quarterly*, 2004, 1).

2 C. Schmitt, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di Miglio e Schiera, Bologna, 1996, (ed. or. 1922, trad. it. dell'ed. del 1934), 33 ss.

3 G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 11. Lo stato di eccezione si «presenta sempre più come una tecnica di governo e non come una misura eccezionale» (ivi, 16). Il tratto caratterizzante dello stato di eccezione è l'abolizione della distinzione fra legislativo, esecutivo, giudiziario (ivi, 17).

4 Per una lettura controcorrente v. D. Zolo, *Le ragioni del «terrorismo globale»*, in *Iride*, 2005, 483 ss., secondo il quale la fonte principale del terrorismo internazionale è lo strapotere occidentale.

venga sospeso lo stato di diritto, come è invece accaduto a Guantánamo⁵. Considerando, oltretutto, che le legislazioni antiterrorismo successive all'11 settembre hanno concentrato l'azione nelle mani degli esecutivi, e pertanto, oltre che sui diritti, hanno inciso anche sull'equilibrio fra i poteri⁶. Prova ne sia che nel 2006 la Corte suprema ha censurato per violazione del principio di separazione dei poteri fra l'esecutivo e il legislativo l'ordinanza presidenziale che istituisce le commissioni militari speciali, veri e propri tribunali speciali per i sospetti terroristi (*Hamdan vs. Rumsfeld*, 548 U.S. 557)⁷.

Col dichiarato intento di preservare i principi liberaldemocratici, una corrente di pensiero suggerisce di introdurre una clausola costituzionale per gli stati di emergenza terroristica. La proposta più articolata, quella di Bruce Ackerman, nasce dalla preoccupazione che il succedersi di più attentati crei il panico fra la popolazione e provochi sfiducia nelle capacità delle istituzioni di affrontare la situazione⁸. In uno scenario di questo tipo, per evitare che la situazione degeneri e metta a rischio la stessa tenuta della democrazia, non ci si potrebbe affidare alla sola azione del potere giudiziario, serve una «'Costituzione per l'emergenza' che permetta di adottare misure operative efficaci per prevenire un secondo attentato nel breve termine ma che, con fermezza, stabilisca un limite alla loro durata»⁹. Contemporaneamente, per consentire una reazione efficace all'attacco terroristico, la clausola costituzionale d'emergenza dovrebbe autorizzare limitazioni non durature dei diritti fondamentali¹⁰. Vale a dire, deroghe al regime ordinario di garanzia dei diritti che non giungano all'estremo della sospensione dell'ordinamento democratico.

5 J. Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole* cit.; T.E. Frosini, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Democrazia e terrorismo*, a cura di T. Groppi, Napoli, 2006, 201 ss. Sulle limitazioni dei diritti derivanti dalla legislazione antiterrorismo britannica cfr. A. Tomkins, *Legislating against terror: the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, in *Public law*, 2002, 205 ss.

6 Fra gli altri, cfr. A. Di Giovine, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, XVI; P.A. Capotosti, *Le politiche della sicurezza: i nuovi equilibri tra parlamento e governo*, in A.A. VV., *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Padova, 2007, 92 ss.; C. Sbailò, *Carl Schmitt alla Casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in *Forumcostituzionale.it*. Per l'opposta opinione cfr. G. de Vergottini, *Guerra e costituzione*, Bologna, 2004, 258.

7 C. Bologna, *Hamdan vs. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2006, 813 ss.; A. Benazzo, *Il caso Hamdan: un'altra lezione della Corte suprema statunitense sul principio dei checks and balance*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2006, 1566 ss.

8 B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza*, Roma, 2005, 75, (ed. or. 2004). Nel volume *Prima del prossimo attacco*, Milano, 2008, (ed. or. 2006), 175 ss., l'autore chiarisce che nel contesto nordamericano, caratterizzato da una sostanziale inemendabilità della costituzione, lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto per mezzo di uno statuto-quadro e quindi senza modifiche formali del testo costituzionale. In Italia, però, una simile disciplina dovrebbe necessariamente comportare la revisione costituzionale (R. Bin, *Prefazione* al volume, X). La commissione Paladin si limita ad accennare all'eventualità di una modifica della Costituzione per regolamentare le situazioni di crisi, senza prenderla in specifica considerazione (*Relazione della Commissione istituita dal Governo Gorla per l'esame dei problemi costituzionali concernenti il comando e l'impiego delle Forze Armate*, in *Quad. cost.*, 1988, 346). Sulla possibilità di applicare in via analogica l'art. 78 Cost. all'emergenza terroristica cfr. P. Carnevale, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. cost.*, 2002, 4526 ss.

9 *Prima del prossimo attacco* cit., 6.

Tuttavia, proprio perché consente limitazioni dei diritti nelle situazioni di emergenza, la clausola non sfugge in linea di principio al rischio che tali limitazioni comportino lesioni più o meno durature dell'ordinamento democratico¹¹. L'esperienza dei paesi democratici le cui costituzioni prevedono l'applicazione dello stato di eccezione, dimostra in effetti come i provvedimenti adottati in queste circostanze si sono posti in rotta di collisione con alcuni principi fondamentali del costituzionalismo¹².

Giustamente Ackerman scarta il modello dell'art. 16 della costituzione francese perché concede al Presidente della Repubblica poteri arbitrari e si presta a una deriva autoritaria¹³, ma anche la sua ipotesi intermedia fra l'utilizzo degli strumenti penali ordinari e la soluzione "estrema" della costituzione francese, confida, in fin dei conti, nella lealtà costituzionale delle autorità cui vengono concessi poteri straordinari. Ma la realtà è che gli esecutivi tendono inevitabilmente a invocare la clausola costituzionale quando non vi sono effettive condizioni d'emergenza.

A questo specifico aspetto vorrei dedicare qualche breve considerazione, nella consapevolezza che la proposta della clausola costituzionale si inserisce in un complesso orizzonte teorico, essendo una delle manifestazioni del ricorrente tentativo dell'ordinamento di «inglobare nella 'regola' l'eccezione»¹⁴. Si colloca in un vasto campo tematico – connotato da concetti come necessità, emergenza, urgenza, stato d'eccezione – che non può certo essere discusso esaurientemente nello spazio di questo contributo¹⁵.

10 Il Governo deve poter utilizzare «poteri detentivi straordinari», ma nel quadro di uno «stato temporaneo di emergenza» (B. Ackerman, *La costituzione di emergenza* cit., 24). Per un'attenta analisi delle tesi di Ackerman cfr. M. Goldoni, *La costituzione rassicurante. Nota critica sulla teoria dei poteri di emergenza di Bruce Ackerman*, in *Teoria politica*, 2007, 67 ss.

11 M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Associazione dei costituzionalisti.it*. Per valutazioni critiche sulle tesi di Ackerman cfr. A. Vermeule, *Self-defeating proposals: Ackerman on emergency powers*, 75 *Fordham L.R.*, 631 ss. (2006). Vedi anche D. Cole, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 *Yale L.J.*, 1753 ss. (2004); L.H. Tribe e P.O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, ivi, 1801 ss.; nello stesso volume del *Yale Law Journal* si trova la risposta di B. Ackerman, *This is not a war*, 1871 ss.

12 P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 294 s.

13 B. Ackerman, *La costituzione di emergenza* cit., 28; Id., *Prima del prossimo attacco* cit., 99 ss. Sull'art. 16 cfr. M. Volpi, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, 105 ss. («fa del Presidente della Repubblica un vero e proprio *dictator*, che detiene tutti i poteri fondamentali e limita ulteriormente, fino a svuotarli, i poteri del Parlamento»).

14 R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, in *Forum costituzionale.it*.

15 Per la medesima ragione userò indifferentemente le espressioni emergenza, eccezione, urgenza ecc. Per riflessioni più approfondite su queste tematiche rinvio a V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003; F. Vari, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 189 ss.; G. Agamben, *Stato di eccezione* cit.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche* cit.; G. Scotto, *Riflessioni su stato di eccezione, diritto internazionale e sovranità*, Roma, 2008; M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, in *Quad. stor.*, 2/2009, 493 ss.

Abuso

Ackerman è conscio che l'introduzione nel testo costituzionale della clausola comporta il rischio di «accrescere la frequenza con la quale le autorità utilizzano poteri di emergenza»¹⁶. E dunque, il pericolo che l'esecutivo si avvalga dei poteri di emergenza quando non vi sono le condizioni previste. In questa ipotesi «la salvezza della Repubblica può essere il velo dietro il quale si nascondono velleità autoritarie, deliri di onnipotenza, dissociazioni del potere dalle regole del suo democratico esercizio»¹⁷.

Nel nostro ordinamento questo accade regolarmente per i decreti legge. Il Governo ricorre spesso e volentieri alla decretazione d'urgenza al di fuori dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza di cui parla l'art. 77 Cost. La Corte costituzionale ha da ultimo tentato di porre un freno a tale abuso quando ha giudicato incostituzionale un decreto legge per evidente mancanza dei requisiti, nonostante fosse intervenuta la conversione in legge (sent. 171/2007)¹⁸. Prima ancora un analogo richiamo a un più corretto utilizzo della decretazione d'urgenza è venuto dalla decisione che ha bocciato la prassi della reiterazione dei decreti legge (sent. 360/1996). Come affermano chiaramente le due sentenze, l'abuso della decretazione d'urgenza comporta una alterazione della forma di governo relativamente al rapporto fra esecutivo e legislativo.

Ackerman suggerisce il rimedio delle “maggioranze qualificate crescenti”, intendendo che la clausola deve imporre maggioranze progressivamente più alte per le decisioni sul prolungamento dello stato di emergenza¹⁹. L'obiettivo è «controllare il potere presidenziale unilaterale attraverso ripetute riautorizzazioni congressuali, e incoraggiare la rapida conclusione dello stato d'emergenza con l'impiego di una ‘scala mobile di maggioranze qualificate’»²⁰.

La proposta merita considerazione perché mira a sottrarre all'esecutivo – ossia al destinatario dei poteri straordinari di limitazione dei diritti – la decisione sul prolungamento dello stato d'emergenza durante il quale quei poteri possono essere usati. Peraltro, l'idea che grazie alla clausola si possa delimitare temporalmente la durata dello stato d'emergenza terroristica, mal si accorda con la circostanza che tale emergenza sembra destinata a durare per lungo tempo, sia pure con fasi più o meno acute.

Un'obiezione più seria è che durante la fase d'emergenza, regolarmente attivata nel rispetto delle prescrizioni della “scala mobile di maggioranze qualificate”, potrebbe essere predisposto un meccanismo di adozione a livello sub costituzionale di misure eccezionali, destinato a restare operativo dopo la fine dell'emergenza. In questa ipotesi l'abuso non

¹⁶ *La costituzione d'emergenza* cit., 32.

¹⁷ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 232. Secondo un diverso punto di vista, sarebbe “assurda” l'opinione «che una normativa organica preventiva sulla emergenza adottata in sede costituzionale e quindi specificata con apposita legge potesse incentivare l'uso di tali strumenti potenzialmente pregiudizievoli per le garanzie costituzionali» (G. de Vergottini, *Guerra e costituzione* cit., 233, il quale parla di “rifiuto ideologico” del concetto di emergenza: pagg. 236 e 279). Tuttavia, come dico subito dopo nel testo, la prassi relativa agli strumenti d'urgenza previsti dal nostro ordinamento sembra dimostrare il contrario.

¹⁸ Cfr. G. Di Cosimo, *Tutto ha un limite (la Corte e il Governo legislatore)*, in *I mutamenti della forma di governo*, a cura di M. Siclari, Roma, 2008, 89 ss.

¹⁹ B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza* cit., 40 ss.

²⁰ *Prima del prossimo attacco* cit., 12; le ragioni che consigliano la soluzione della “scala mobile a maggioranze qualificate” – ispirata dalla costituzione sudafricana – sono illustrate alle pagg. 116 ss.

consisterebbe nella frequente invocazione della clausola, ma nell'approntamento, in coincidenza con l'attivazione della clausola, di un sistema di produzione normativa straordinaria che consente di introdurre misure limitative dei diritti. Certo, si può replicare che un simile meccanismo sarebbe incostituzionale proprio per violazione della clausola di emergenza, ma la cosa non è così scontata: su questo punto torno più avanti.

Intanto, osservo che l'ipotesi non è campata per aria, come dimostra il caso del potere di ordinanza per la protezione civile, che può essere usato indipendentemente dal verificarsi di situazioni di emergenza in relazione ai cosiddetti "grandi eventi"²¹. Così prevede la normativa in materia, in chiaro contrasto con le indicazioni della sent. 127/1995 della Corte costituzionale relativamente alla natura di tali ordinanze (carattere eccezionale del potere di derogare le leggi e carattere temporalmente delimitato delle deroghe medesime). Val la pena notare che l'iniziativa di slegare il potere di ordinanza dalle situazioni di emergenza è venuta dallo stesso esecutivo: un decreto legge ha modificato la legge sulla protezione civile introducendo la competenza sui grandi eventi, i quali vengono dichiarati con un atto del Presidente del consiglio e attuati con ordinanze – adottate nella forma del decreto del Presidente del consiglio – che possono derogare le leggi.

Tempo

Siccome la Costituzione italiana non contiene una disciplina *ad hoc*, le emergenze legate al terrorismo sono state affrontate facendo ricorso alla decretazione d'urgenza²². Da ultimo, il decreto legge 144 del 2005 contiene "misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale". Alcune di esse sono destinate a durare fino a un certo termine, e proprio per questo motivo vengono considerate meno pericolose per i diritti rispetto alle misure che non hanno limite di durata e dunque si stabilizzano nell'ordinamento²³. Cionondimeno, l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per aver applicato una delle misure temporanee del decreto legge 144/2005, l'espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo (caso *Saadi v. Italy*, 28 febbraio 2008)²⁴, mentre la Corte costituzionale ha respinto la questione di costituzionalità relativa ad una delle misure non temporanee reputandola non manifestamente irragionevole (sent. 161/2009 sulla pena della reclusione da uno a cinque anni in caso di inosservanza degli

21 G. Azzariti, *L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 17 febbraio 2010; V. Onida, *L'Italia torni paese ordinario*, in *Sole24ore*, 19 febbraio 2010; A. Fioritto, *Protezione civile a responsabilità limitata*, in *nelMerito.com*, 26 febbraio, 2010.

22 Per affrontare il terrorismo politico interno (dl 625/1979) o per affrontare l'emergenza legata al terrorismo internazionale (dl 369/2001; dl 374/2001; dl 249/2007 non convertito in legge).

23 I. Pellizzone, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la «normalizzazione dell'emergenza»* in *Giur. cost.*, 2006, 1791. Le misure del dl 144/2005 incidono anche sul piano della divisione dei poteri poiché segnano un passaggio di potere dai giudici verso organi dell'esecutivo (R.E. Kostoris, *Processo penale, delitto politico e «diritto penale del nemico»*, *Riv. dir. proc.*, 2007, 7).

24 L'espulsione ai sensi del dl 144/2005 ha portato alla condanna dell'Italia anche nel caso *Ben Khemais* (24 febbraio 2009, su cui cfr. N. Plastina, *Lotta al terrorismo: la corte di Strasburgo conferma la natura assoluta dell'obbligo di "non refoulement" in relazione all'art. 3 Cedu*, in *Cass. pen.*, 2009, 3205 ss.) e in altri otto casi decisi nel periodo fra il 24 febbraio e il 24 marzo 2009 (lo segnala A. Pugiotta, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, relazione al convegno AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16 e 17 ottobre 2009).

obblighi e delle prescrizioni inerenti la sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno).

A parte questo, mi preme sottolineare che, tanto con la "stabilizzazione" delle misure limitative dei diritti, quanto con l'abuso della clausola costituzionale per le emergenze terroristiche, ciò che fa problema è la durata nel tempo di una certa disciplina derogatoria rispetto al regime ordinario di tutela dei diritti. Come è stato osservato, «qualunque cosa venga decisa quando il terrorismo minaccia la sicurezza, è destinata a durare per molti anni dopo che il terrorismo sarà stato sconfitto»²⁵.

La Corte costituzionale considera questo aspetto nella decisione relativa al terrorismo politico degli anni '70 e '80, che affronta la questione del prolungamento ad opera del decreto legge 625 del 1979 dei termini massimi di carcerazione preventiva. La sent. 15/1982 giudica infondata la questione perché ritiene che la *ratio* del prolungamento consista «nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione». Di fronte alla situazione di emergenza determinata dal terrorismo politico «Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». Tuttavia, ecco la precisazione decisiva ai fini del nostro discorso, il prolungamento dei termini massimi di carcerazione preventiva può essere considerato non irragionevole solamente in quanto temporaneo. Infatti, «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì, misure insolite, ma anche che queste perdono legittimità, se ingiustamente protratte nel tempo».

Controlli

Ho già ricordato che il controllo giurisdizionale sulle misure adottate per fronteggiare l'emergenza terroristica verte, in particolare, sulla ragionevolezza del bilanciamento fra libertà e sicurezza²⁶. Ora possiamo aggiungere che ai fini del controllo assume rilevanza il dato d'esperienza secondo cui le autorità tendono ad applicare simili misure al di là dell'effettiva esistenza delle condizioni che giustificano lo stato d'emergenza. Naturalmente, la tendenza all'abuso si realizza tanto se il testo costituzionale non prevede una clausola apposita per le situazioni di emergenza terroristica, tanto se la preveda. In

²⁵ A. Barak, *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, 3391.

²⁶ Su questa linea si collocano – non sempre esplicitamente, e con varie sfumature dipendenti anche dalle peculiarità dei casi – le decisioni di alcune corti superiori (sull'esistenza di una sensibilità condivisa fra i giudici delle corti superiori v. T. Groppi, «*Business as usual*» *le dialogue judiciaire sur les affaires antiterrorists après le 11 septembre 2001*, in *Astrid-Rassegna*, n. 17/2009, *astrid-online.it*, dove si trovano anche riferimenti a decisioni di corti che non cito in questa nota).

Il Bundesverfassungsgericht ha giudicato incostituzionale la legge sulla sicurezza aerea, laddove prevede l'abbattimento da parte dell'aviazione militare di veicoli aerei dirottati da terroristi con l'intenzione di usarli come armi improprie contro obiettivi civili e militari (sent. 15 febbraio 2006, 1 BvR 357/05, sulla quale v. A. De Petris, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 20 marzo 2006; V. Baldini, *Stato di prevenzione v/ stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita*, *ivi*, 23 maggio 2006; C. Panara, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento «preventivo» degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.*, 2006, 1793 ss.). Un'altra decisione riguarda i limiti entro cui la polizia può utilizzare in relazione a sospetti terroristi un determinato metodo di trattazione automatica dei dati per finalità preventive [sent. 23 maggio 2006, 1 BvR 518/02, commentata da V. Baldini, *L'incostituzionalità della Rasterfahndung, ovvero, alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio tra stato di diritto e "stato di prevenzione"*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 14 settembre 2006].

entrambi i casi l'atteggiamento dei giudici (e più in generale dei giuristi) sarà prevedibilmente quello di «reinterpretare le categorie ordinarie del diritto costituzionale e del diritto penale in modo da estenderle sino a comprendervi le nuove misure repressive, cercando di 'adattare' a esse il diritto vigente»²⁷.

Tuttavia, nel primo caso il giudice costituzionale è (potenzialmente) in grado di tutelare i diritti e la divisione dei poteri²⁸, dato che l'abuso non trova appigli nel testo costituzionale, ma semmai solo indicazioni contrarie, ragion per cui la propensione a reinterpretare i principi costituzionali per salvare le misure restrittive incontra oggettive difficoltà. Mal che vada, tale propensione non potrebbe spingersi oltre il limite estremo segnato dalla sent. 15/1982, secondo cui, «pur in regime di emergenza, non si giustificerebbe un troppo

La Corte suprema ha approvato tre decisioni nel giugno 2004 relative al regime detentivo dei sospetti terroristi [*Hamdi vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 507; *Rumsfeld vs. Padilla*, 542 U.S. 426; *Rasul vs. Bush*, 542 U.S. 466. Sulle decisioni cfr. F. Lancheater, *La Corte suprema e l'emergenza*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 6 settembre 2004; A. De Pretis, *Guantánamo: un buco nero nella "terra della libertà"*, ivi; E. Sciso, *Guerra al terrorismo globale e garanzie non comprimibili dei diritti umani fondamentali: l'opinione della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 752 ss.; R. Dworkin, *Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, in *Quad. cost.*, 2005, 905 ss., secondo cui la politica dell'amministrazione Bush «mostra un'intollerabile violazione dei diritti e della dignità delle sue vittime»: pag. 916; T.E. Frosini e C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di A. Di Giovine, Torino, 2005, 94 ss.; C. Valentini, *Difesa della sicurezza nazionale, lotta al terrorismo e garanzia dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 497 ss., che si concentra sul caso Hamdi; R.H. Fallon, jr. e D.J. Meltzer, *Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror*, 120 *Harvard L.R.*, 2045 ss. (2007)]. Nel giugno 2008 la Corte ha poi sottratto i prigionieri di Guantanamo alla giustizia militare riconoscendo il loro diritto di ricorrere alla giustizia ordinaria (caso *Boumediene vs. Bush*, 553 U.S.).

La House of Lords è intervenuta in merito alla detenzione a tempo indeterminato di stranieri sospettati di terrorismo [sent. 16 dicembre 2004, *A. v. Secretary of State for the Home Department* (2004) U K H L 56, sulla quale v. C. Bassu, *I Law Lords ritengono illegittime le misure antiterroristiche del Governo Blair*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, 121 ss.; Id., *Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana*, in *Quad. cost.*, 2006, 473 ss.]; per questa vicenda il Regno Unito è stato condannato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 19 febbraio 2009, *A. and others v. UK*: cfr. C. Bassu, *Corte europea dei diritti umani e piani antiterrorismo nazionali. Perché l'emergenza non legittima l'oblio dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, 1041 ss.; M. Costas Trascasas, *Lotta al terrorismo internazionale e deroghe alla CEDU di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. inter.*, 2/2009, 426 ss.). Il caso *A v. Secretary of State for the Home Department* (2005) U K H L 71, riguarda invece l'uso di prove ottenute con la tortura (cfr. G. Di Paolo, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, 2006, 2640 ss.).

L'esigenza di conciliare sicurezza e diritti ispira pure la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'espulsione di sospetti terroristi che rischiano di essere sottoposti a tortura nel paese di destinazione (caso *Saadi v. Italy*, 28 febbraio 2008, sul quale v. B. Concolino, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1109 ss.; E. Rosi, *La lotta al terrorismo non ammette deroghe alla tutela dei diritti umani*, in *Amm. civ.*, 2008, 100 ss.; S. Sileoni, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quad. cost.*, 2009, 719 ss.), e la decisione sul caso *Kadi* della Corte di giustizia [sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05, su cui v. M. Savino, *Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1096 ss.; ivi anche le note di A. Sandulli, S. Cassese, E. Chiti, C. Vesperini, G. della Cananea. La decisione è stata commentata da vari punti di vista: G.F. Ferrari, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, 187 ss.; O. Pollicino e V. Sciarabba, ivi, 159 ss.; E. Cannizzaro, in *Riv. dir. int.*, 2008, 1075 ss.; P. Palchetti, ivi, 1085 ss.; M.E. Bartoloni, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo, Il dir. dell'UE*, 2009, 68 ss.].

27 R. Bin, *Prefazione* cit., IX.

rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione delle garanzie». Ne segue, mi pare, che si devono considerare incostituzionali le misure che non si attengano a quei “criteri di congruità” di cui la Corte parla subito appresso, ovvero che non rispettano il principio di ragionevolezza.

Nel secondo caso, invece, il giudice è tenuto a verificare se le misure sono compatibili con la clausola costituzionale, operazione che oggettivamente asseconda la propensione a ricomprendere le misure nel perimetro dei principi costituzionali. Siccome è lo stesso testo costituzionale a consentire che siano limitati i diritti, ben difficilmente potrebbe reggere il limite della “sostanziale vanificazione delle garanzie” segnato dalla sent. 15/1982. Il bilanciamento fra sicurezza e diritti sarebbe per dettato costituzionale alterato a favore della prima, l’espresa previsione della clausola farebbe pendere la bilancia dal lato della sicurezza.

In altre parole, l’assenza della clausola costituzionale non significa che non vi siano “marginii di flessibilità” per affrontare le situazioni di emergenza terroristica, la cui estensione si arresta davanti alla “sostanziale vanificazione delle garanzie”. L’introduzione di una apposita clausola costituzionale avrebbe verosimilmente il risultato di ampliare significativamente tali marginii a tutto svantaggio della tutela dei diritti. La già arretrata linea di difesa dei diritti fondamentali apprestata dalla sent. 15/1982 rischierebbe di saltare e con essa il bilanciamento fra sicurezza e diritti. Misure che in mancanza della clausola sarebbero verosimilmente censurate perché contrarie ai principi costituzionali, potrebbero essere considerate compatibili con la clausola in forza di un’interpretazione estensiva delle condizioni di emergenza da essa previste (ad esempio quel meccanismo di produzione normativa per prolungare nel tempo le misure repressive di cui parlavo prima)²⁹.

In secondo luogo, va considerato che i giudici costituzionali tendono a non mettere in discussione le decisioni relative all’esistenza delle condizioni di emergenza previste dalla Costituzione³⁰. Prima della sent. 171/2007, che censura finalmente l’evidente mancanza dei presupposti di necessità urgenza, la Corte costituzionale ha evitato per lungo tempo di intervenire sul punto, considerandola una valutazione di tipo politico e dunque rimessa al raccordo Governo-Parlamento. E quando di fronte alla vastità dell’abuso il giudice costituzionale è “costretto” ad intervenire, non è detto che l’abuso cessi, tant’è che dopo la

28 Sempre ammesso che un giudice sottoponga le misure restrittive al giudizio della Corte costituzionale, visto che il nostro ordinamento non conosce l’istituto del ricorso diretto (lo ricorda G. Salerno, *I diritti fondamentali nelle situazioni di emergenza*, in M. Patrono, *Studiando i diritti*, Torino, 2009, 231).

29 Per la tesi che «la clausola espressa consente un controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale molto più penetrante ed efficace», v. R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008, 188 ss. Questa conclusione si fonda sul raffronto con la mancata previsione di poteri d’emergenza da parte del nostro testo costituzionale, che consentirebbe deroghe alle garanzie costituzionali (pag. 183 s.). Tuttavia, come dirò meglio nel testo, nel nostro sistema le leggi non possono limitare i diritti costituzionali (dalla sent. 15/1982 si ricava che eventuali discipline adottate in situazioni di emergenza sono incostituzionali se comportano un’irragionevole compressione dei diritti: L. Carlassare, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 101 ss.).

30 Un atteggiamento analogo caratterizza la giurisprudenza della Corte suprema rispetto alla legislazione di emergenza [V. A. L. Tyler, *Is Suspension a Political question?*, 59 *Stan. L. R.*, 333 ss. (2006), il quale argomenta a favore del controllo giurisdizionale; C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell’esperienza statunitense: una political question?*, in *Forumcostituzionale.it*, 15 maggio 2008], e quella della House of Lords (P. Leyland, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito. La ricerca di un equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale*, in *Democrazia e terrorismo* cit., 259 s.).

sent. 171/2007 resta costante il numero dei decreti legge, e inestirpabile la prassi di adottarli in mancanza dei requisiti di necessità e urgenza³¹.

Vale la pena?

Riassumendo: le misure per affrontare le situazioni di emergenza terroristica incontrano due ordini di limiti, da un lato devono essere temporanee, limitate all'effettiva durata dell'emergenza; dall'altro, devono rispettare "criteri di congruità", ovvero si possono introdurre compressioni dei diritti fondamentali – e deviazioni dal principio di divisione dei poteri – strettamente contenute nei limiti della ragionevolezza.

Qualora il testo costituzionale includa una clausola per le situazioni di emergenza terroristica, è possibile che le misure vengano adottate fuori dalle condizioni di emergenza previste, violando perciò il primo ordine di limiti. È altresì possibile che comprimano i diritti fondamentali oltre la soglia del nucleo essenziale³². In questa eventualità sarebbe violato anche il secondo ordine di limiti. Cionondimeno, è probabile che simili misure supererebbero il controllo di costituzionalità proprio perché si fondano sulla clausola di emergenza³³. Sicché possiamo concludere che la clausola consente di introdurre misure limitative dei diritti (e modificative della divisione dei poteri) che, in mancanza di essa, risulterebbero incostituzionali.

Che la formale previsione di deroghe ai principi liberaldemocratici condizioni negativamente la loro effettività, lo si vede chiaramente con la questione dei diritti. Secondo la tesi preferibile, la Costituzione non ammette limitazioni dei diritti, neanche una legge sulla sicurezza dello Stato potrebbe farlo, derogando alla Costituzione; l'unico modo "lecito" per limitare i diritti sarebbe modificare la Costituzione³⁴. È significativo che per sostenere la tesi che le leggi possono limitare i diritti fondamentali si sia fatto leva sull'art. 27 Cost. – prima della modifica intervenuta nel 2007 che ha tolto fondamento testuale alla tesi – per il quale le leggi militari di guerra potevano prevedere la pena capitale³⁵. Ciò

31 Proprio mentre scrivo queste note il Governo ha approvato il controverso di 29/2010 "salva-liste" (M. Villone, *Il decreto-truffa*, in *Costituzionalismo.it.*, 6 marzo 2010; G. Ferrara, *Il decreto salva-liste e l'abuso di potere normativo*, *ivi*, 8 marzo 2010).

32 Del resto, se la compressione dei diritti fosse più contenuta, non ci sarebbe bisogno della clausola, posto che la Corte ha già ammesso limitazioni motivate dall'emergenza terroristica purché non irragionevoli (sent. 15/1982).

33 Chiaramente le probabilità sarebbero maggiori se violassero un solo ordine di limiti, ma probabilmente uscirebbero indenni dal controllo anche se li violassero entrambi.

34 L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano* cit., 231. Sulla sospensione della costituzione cfr. C. Mortati, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 192 ss. (la complessità della riflessione mortatiana su questo tema è evidenziata da L. Carlassare, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, 479 ss.); P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 450 s. secondo cui – giustamente – sono possibili sospensioni temporanee delle garanzie costituzionali ma solo se decise con legge costituzionale (e sempre – bisogna aggiungere – che sia rispettato il contenuto essenziale dei principi supremi, che si configura come limite alla stessa revisione costituzionale: sent. 1146/1988 della Corte costituzionale). Sull'ipotesi di ricorrere ai decreti legge per sospendere diritti costituzionali cfr. C. Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 78 ss.; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?* in *Giur. cost.*, 1982, 114 (Id., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 340 ss.).

35 G. de Vergottini, *op. cit.*, 273.

mostra che allorquando esista la possibilità di trovare in via interpretativa un fondamento costituzionale alle misure limitative dei diritti, aumentano le probabilità che tali misure siano effettivamente considerate legittime.

In definitiva, l'ineliminabile tendenza delle autorità ad abusare delle clausole di emergenza, deve farci riflettere sull'opportunità di mettere mano alla Costituzione per inserire una specifica clausola per le emergenze terroristiche che consenta l'adozione di misure straordinarie³⁶. Riflessione tanto più necessaria considerato che si può fondatamente dubitare che il ricorso alle misure straordinarie renda davvero più efficace la risposta all'emergenza terroristica³⁷.

Forum di Quaderni Costituzionali

36 Tenendo conto che «se si vogliono salvare le ragioni d'essere della società democratica senza cadere in una trappola senza uscita, la giusta risposta alla minaccia terroristica va proporzionata secondo criteri di ragionevolezza, equità, temporaneità; in altre parole, mantenendo ferma la barra del timone sulla centralità dell'individuo, visto come fine, anziché come mezzo, e dunque sulla priorità della dignità umana» (M. Fiorillo, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009, 159).

37 C. Bassu, *Le risposte democratiche all'emergenza terrorismo. Il giusto equilibrio tra tutela della pubblica sicurezza e garanzia dei diritti individuali: chimera o obiettivo raggiungibile?*, in *Quad. reg.*, 2009, 670.