

STATO DI DIRITTO E SOVRANITÀ: NELLA LOTTA AL TERRORISMO, VENGONO AL PETTINE I NODI DELLA VIA GIUDIZIARIA ALLA COSTRUZIONE DELL'EUROPA?¹

di **Ciro Sbailò ***
(29 Novembre 2010)

Legittimità della democrazia protetta

Dopo l'11 settembre 2011 la dottrina della "democrazia protetta" ha conosciuto una sensibile evoluzione (o involuzione, secondo i punti di vista). Si tratta di un dato, ormai, ampiamente studiato e commentato, in ambito sia giuridico sia politologico. Da questa massa sterminata di studi emerge, tra gli altri, un dato molto interessante che merita una particolare focalizzazione quando si voglia discutere di cooperazione europea in materia di lotta al terrorismo internazionale. Si tratta delle consistenti asimmetrie registrate tra gli Stati Uniti e la maggior parte degli Stati membri UE, da una parte, e l'Europa nel suo insieme, come entità politica unitaria, dall'altra. Anticipo qui l'ipotesi intorno alla quale sto lavorando e i cui contorni cercherò, di seguito, di delineare, al fine di mostrarne popperianamente la "falsificabilità": a) si va verso una stabilizzazione dello stato d'emergenza nelle democrazie contemporanee; b) ciò, contro le molte aspettative concernenti lo sviluppo della democrazia globale, sta aprendo la strada a una riaffermazione della sovranità nazionale, quale premessa per la difesa delle democrazie costituzionali; c) il progetto europeo si arena perché strutturalmente inidoneo ad articolarsi secondo il paradigma della sovranità.

Cominciamo con il prendere in considerazione quello che sta avvenendo negli Stati Uniti. In Italia non se ne parla molto, ma Oltreoceano è in atto una vera e propria rivoluzione nel mondo dell'intelligence. Non ci riferiamo agli aspetti tecnico-operativi o alle nomine, di cui i mass-media danno periodicamente conto, bensì alla collocazione delle attività di intelligence negli equilibri costituzionali di quel Paese. Nel settore, si assiste a un processo di intensa 'fluidificazione' e 'politicizzazione' degli aspetti organizzativi e a una sensibile espansione del ruolo dell'Esecutivo, a discapito del Parlamento. Nel contempo, però, si sta rafforzando il ruolo del potere giudiziario quale 'cane da guardia' della Costituzione.

Si tratta di un processo messo in moto dallo stesso Parlamento, all'indomani degli attentati dell'11 settembre, con le inchieste sull'"Intelligence Failure", e guidato da George W. Bush fino alla fine del suo mandato.

Il Congresso individuò le cause della 'sorpresa' dell'11 settembre in un intreccio di fattori politico-culturali e giuridici.² Venne innanzitutto sottolineata la riluttanza, sia dell'opinione pubblica sia dell'Amministrazione, ad accettare l'idea che gli Stati Uniti potessero essere colpiti da un atto di guerra materializzatosi in territorio americano e preparato altrove. Il problema della sicurezza dei confini, dell'estrema facilità con cui si entrava nel Paese e se ne usciva, non si era mai seriamente posto. Insomma, l'integrazione tra le varie competenze presenti nella IC (*Intelligence Community*) fu impedita dalla riluttanza, da parte di tutto il sistema di Intelligence, ad accettare il nuovo terrorismo come fenomeno non descrivibile utilizzando la dicotomia interno/esterno. E qui veniamo all'altro ordine di problemi, quello giuridico. Fino all'11 settembre negli Stati Uniti il terrorismo era

¹ Intervento tenuto al Primo Workshop Internazionale su "Information-sharing Multinazionale: nuove sfide per la comunità internazionale" (Roma, 7-8 giugno 2010), organizzato congiuntamente dal Mediterranean Council for Intelligence Studies (MCIS) e dal Master in Peacekeeping and Security Studies (Università di Roma Tre), con il seguente titolo "Profili giuspubblicistici della cooperazione europea nell'attività di intelligence di contrasto alle nuove minacce alla sicurezza. Le aporie della via giudiziaria alla costruzione dell'Europa e il nodo della sovranità: la difficile elaborazione della lezione statunitense". Il testo verrà pubblicato nella primavera del 2011, insieme agli altri interventi, in un volume della serie "Quaderni" del Centro Altiero Spinelli dell'Università di Roma Tre, diretto dal Prof. Luigi Moccia.

² Per questo e analoghi riferimenti, v. gli atti della «National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States» (<http://www.9-11commission.gov/>) e del «Select Committee on Intelligence» del Senato degli Stati Uniti.

stato considerato alla stregua di un qualsiasi altro reato federale. Le famose 'occasioni mancate' dell'11 settembre – l'assenza di coordinamento, la poca condivisione di informazione e la scarsa collaborazione tra le agenzie – vennero considerate, dal Congresso, solo come i 'sintomi' del problema. La 'malattia' era un'altra. I vari protagonisti delle politiche di Security e di Intelligence si erano mossi come se si fossero trovati all'interno di un ordine stabile e definito, come se il meccanismo fosse stato già programmato per rispondere a ogni minaccia, scegliendo e combinando tra loro, secondo procedure prestabilite, le risorse disponibili nel 'catalogo'. Le agenzie, pertanto, pur cooperando, erano rimaste comunque isolate rispetto al contesto generale. L'insistenza sull'elasticità s'accompagnava, nelle inchieste del Congresso, all'insistenza sulla centralizzazione. Occorreva, infatti, un'integrazione creativa e organica delle risorse. Ma per questo era necessario che vi fosse un 'quarterback', qualcuno che 'chiamasse il gioco', che avesse un progetto chiaro, forza di immaginazione e capacità decisionale. Non si trattava, dunque, di rafforzare il 'coordinamento' tra i vari membri della IC, bensì di promuovere una 'condivisione di obiettivi' la cui chiave fosse nelle mani di un organismo monocratico, politicamente responsabile. Si puntava, in altre parole, sul rafforzamento della "politicità" dell'intelligence. L'integrazione delle competenze e la valorizzazione delle risorse vennero ritenute possibili solo sulla base di una 'Policy', di un progetto che facesse capo a una specifica e individuale responsabilità decisionale, in modo da superare gli errori venuti a galla l'11 settembre: a) pensiero collettivo; b) ambiguità nella gestione della catena decisionale che collega l'Intelligence al potere politico; c) esagerazioni per compiacere l'Amministrazione Bush; d) poca condivisione dei dati all'interno della IC; e) scarsa Intelligence umana ('Humint'). Tali questioni vennero considerate di carattere non solo tecnico, ma anche – e soprattutto – politico-costituzionale, in quanto afferenti al rapporto tra il principio di sovranità e il sistema della separazione dei poteri.

Dalla documentazione del Congresso sull'11 settembre emerge con chiarezza come la cosiddetta 'svolta' securitaria della politica statunitense trovi il suo fondamento nel diritto costituzionale americano e precisamente nella dottrina della 'democrazia protetta'. Si può dire, anzi, che quell'esperienza costituzionale s'accompagni, originariamente, a un'elaborazione *ante-litteram* della dottrina della 'democrazia protetta'. Nella Costituzione esiste una Costituzione d'emergenza che, coordinata con la norma sul porto d'armi, ancora il monopolio statale della violenza alla capacità del Governo di garantire la sicurezza dei cittadini. La sicurezza del popolo americano viene considerato il presupposto esistenziale per l'affermazione della democrazia negli Stati Uniti e nel mondo. In Europa, viceversa, l'elaborazione della dottrina della democrazia protetta è piuttosto tardiva.

Lo Stato costituzionale e la nuova minaccia terroristica. La stabilizzazione dello stato di emergenza.

La dottrina della democrazia protetta, però, dopo l'11 settembre 2001, deve fare i conti con la nuova 'sintassi del terrore', che costringe il costituzionalismo occidentale a fare i conti con il 'sottosuolo' del costituzionalismo. E ciò vale specialmente per gli Stati Uniti.

La minaccia del nuovo terrorismo è, infatti, qualitativamente diversa dalle tradizionali minacce con cui ci si è confrontati nell'ultimo mezzo secolo. L'attentato fa drammaticamente luce su un percorso geopolitico cominciato, ormai, da più di un decennio.

All'indomani del crollo dei regimi comunisti, sembrava, infatti, che la democrazia procedurale e lo Stato di diritto dovessero espandersi in un mondo pacificato e quasi senza storia. Ma già con le guerre balcaniche, ci si rese conto che era cominciata una nuova stagione di conflitti, ma questa volta al di fuori della rassicurante cornice dell'ordine bipolare – ordine basato su una complessa redistribuzione del tradizionale principio della sovranità Stato-nazionale. Il cosiddetto modello *vestfaliano*, con le sue congruenze e le sue simmetrie tra *decision makers* e *recipient* delle decisioni stesse, stava diventando un ricordo del passato, dopo aver resistito alla bufera delle due

Guerre mondiali ed essere stato mantenuto artificialmente in vita nei ghiacci della Guerra fredda³. Ma si dissolse presto anche la prospettiva di un declino dello Stato nazionale e della sovranità. Specialmente dopo l'11 settembre, lo Stato tornò ad essere un protagonista della vita pubblica (si ricordino, a titolo d'esempio le misure prese subito dopo l'attacco alle Torri gemelle, per salvaguardare gli interessi di investitori e risparmiatori). Insomma, la lezione dell'11 settembre viene rielaborata in questi termini: la Costituzione si difende riaffermando il principio di sovranità.

La dottrina Bush-Obama sul rafforzamento degli esecutivi

È di fronte alla nuova minaccia geopolitica, di cui il terrorismo di matrice islamista è solo l'espressione più drammaticamente evidente, che comincia l'elaborazione della 'dottrina Bush', che poi diventerà la 'dottrina Bush-Obama' sullo stato di emergenza. In pratica, si tratta di una riscoperta del principio di sovranità come fondamento dell'esperienza costituzionale.

In generale, secondo la dottrina Bush-Obama, l'ampliamento della sfera decisionale del vertice dell'esecutivo nell'ambito dello spazio pubblico democratico è reso necessario dal fatto che, nell'attuale contesto geopolitico ne va dello stesso fondamento su cui l'esistenza di quello spazio è concettualmente e storicamente fondato, vale a dire l'esistenza di uno Stato nazionale territoriale in grado di garantire sicurezza ai cittadini, sulla base della propria capacità di avere competenze generali non giuridicamente deducibili da entità superiori. In altre parole, assistiamo, nei sistemi occidentali dei poteri pubblici, a una sorta di stabilizzazione dello 'stato d'eccezione', giustificata dalla messa in discussione del fondamento stesso dello Stato di diritto. Per rendersi conto di ciò è utile, in particolare, prendere in considerazione le politiche in materia di intelligence, poiché in queste, più che in altre, diventa materialmente misurabile il processo di limitazione reciproca tra l'Esecutivo, il Legislativo e il Giudiziario. La minaccia geopolitica comprime tutto il sistema dei poteri pubblici sull'Esecutivo. La natura delle nuove misure spinge il sistema verso una sorta di ritorno alle origini, verso una lettura del principio di sovranità in termini di amico/nemico: gli sforzi di mediazione si restringono e l'Esecutivo ha bisogno di avere le mani libere. E' emblematico, al riguardo, il progressivo ridimensionamento della CIA, restia a farsi guidare meccanicamente dall'Esecutivo, perché, in quanto tipica espressione del mondo della Guerra fredda, essa agiva in un universo regolato da leggi autonome, riconducibili alla 'legge fondamentale' della contrapposizione Est/Ovest, alla quale anche i presidenti degli Stati Uniti dovevano sottostare.

Obama non si sta limitando a continuare, da questo punto di vista, l'opera di Bush, ma sta facendo di quest'ultima una vera 'dottrina', alla cui luce interpretare l'esperienza costituzionale americana nel Terzo Millennio. Si può dire che la 'minaccia suprema' – vale a dire, la distruzione della Nazione – sia stata metabolizzata dal sistema e sia, ormai, parte integrante dei nuovi equilibri costituzionali.

Il contrasto alle nuove forme di terrorismo, di malavita organizzata e di violenza urbana richiede, infatti, un'alta capacità di adattamento e una forte gerarchizzazione delle strutture repressive, nonché una grande elasticità e una grande discrezionalità decisionale da parte dell'Esecutivo. Facciamo un paio di esempi. Negli Stati Uniti, la Commissione d'indagine sugli attentati dell'11 settembre 2001 accusò duramente l'FBI (che dipende dal Ministro della Giustizia) di avere avuto, nel passato, un atteggiamento troppo 'giudiziario' nei confronti della minaccia terroristica. Essa, infatti, più che pensare alla sicurezza dei cittadini, pensava al 'processo': per questo era alla ricerca di 'prove' per incastrare i potenziali terroristi, lasciando che questi ultimi elaborassero i propri piani. Non a caso, dopo l'11 settembre s'è cercato – in questo, Obama è in perfetta continuità con il suo predecessore Bush – di ri-politicizzare la lotta al terrorismo, cercando soprattutto di prevenire gli attentati e smantellare le cellule. Ci pare che si possa parlare di una coerente applicazione della dottrina schmittiana sullo stato di emergenza, del resto ben nota nei centri-studi che a Washington collaborano con il potere politico. Nel contempo, grazie soprattutto all'intervento della Corte Suprema, s'è posto un freno alla 'giuridicizzazione' dell'emergenza, ad esempio giudicando sempre illegittima una detenzione indefinita a scopo di interrogatorio (U.S. Supreme Court, Hamdi c. Rumsfeld, caso n. 03-6696, 28 giugno 2004). Ci riferiamo, in particolare, alla trattazione schmittiana del tema delle maggioranze qualificate. L'art. 68 della Costituzione di

³ D. Held, *The changing structure of International law*, in D. Held, A.G. Mc Grew (a cura di), *The global transformation order: an introduction to the globalization*, Polity Press, Cambridge, 2003, pp. 162-176.

Weimar recita: «Il diritto di iniziativa appartiene al governo e al Reichstag. / Le leggi vengono deliberate dal Reichstag». In questo modo, dunque, viene proclamato 'lo Stato Legislativo parlamentare'. L'obiezione schmittiana è radicale: «Concepire il diritto e la legge senza riferimento ad alcun contenuto, come semplice deliberazione di una qualsiasi maggioranza parlamentare, corrisponde a un modo di pensare puramente funzionalistico»⁴. Il concetto di 'legge' nello Stato Legislativo non può, innanzitutto, essere neutrale circa 'sé stesso' e 'i propri presupposti'. Il ragionamento di Schmitt presuppone il riferimento al 'Popolo', come unità compatta e pre-esistente, ovvero alla 'Nazione', nel senso che questo termine assume con la Rivoluzione francese. Del resto, è proprio questo presupposto che spiega la sua posizione a favore di norme a tutela delle 'minoranze' parlamentari e contro le 'tirannie' delle maggioranze. Egli individua nella 'Nazione' il presupposto della stessa democrazia moderna. La democrazia, anzi, si presenta nell'analisi schmittiana come il culmine di un processo di razionalizzazione della vita pubblica, cominciato per l'appunto con la formazione del sistema europeo degli Stati nazionali, a partire dalla stessa pace di Vestfalia del 1648, che Schmitt individua come il passaggio cruciale allo *Jus publicum europaeum* – tema centrale della sua attività dopo il crollo del nazismo e la fine della guerra. Se le regole dello Stato democratico di diritto entrano in conflitto con gli interessi della Nazione, allora sono le prime a dover cedere il passo.

Se ci si colloca in quest'ottica, risulta illegittimo accusare, come da più parti si fa, l'Amministrazione degli Stati Uniti d'America di mettere in discussione i fondamenti dello Stato di diritto per garantire la sicurezza del popolo americano. D'altra parte appare, a questo punto, difficile eludere la questione circa il perdurare o meno di un nesso problematico e contraddittorio quanto si vuole, tra democrazia costituzionale e sovranità stato-nazionale. Non che qui si intenda, neanche lontanamente, affrontare tale questione. Ciò che ci preme è, molto più limitatamente, l'evidenziare l'ineludibilità della questione stessa.

Anche in Europa, rafforzamento esecutivo nei singoli paesi. Terrorismo, questione politica

In tale prospettiva, ci pare significativo il fatto che, in Europa, la dottrina Bush-Obama faccia scuola, ma nei singoli Paesi, non nell'Europa in quanto tale che, invece, considerata come entità geopolitica autonoma, conserva un approccio tecnico-giudiziario alla lotta al terrorismo, vale a dire un approccio 'pre-11 settembre'.

Ciò malgrado il fatto che in Europa vi sia un'antica memoria condivisa in materia di terrorismo e in materia di ricerca di equilibri costituzionali tra le esigenze della sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali. Il dibattito comincia intorno alla Costituzione di Weimar, segnata, però, da un'opzione totalmente garantista, da molti considerata una delle cause principali della sua tragica conclusione. Bisognerà aspettare la fine della seconda guerra mondiale per una piena elaborazione, in Europa, della dottrina della 'democrazia protetta'.

La Legge fondamentale tedesca e la Costituzione italiana contengono al proprio interno norme chiaramente volte a impedire che le libertà democratiche vengano utilizzate per distruggere la democrazia. (Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 21 c.2 della Grund Gesetz e XII Disp. Trans. Cost., da una parte, e l'art. 115D GG e 77 Cost., dall'altra). Il Legislatore costituente europeo, a sua volta, sembra tenere conto di tale lezione, laddove prevede che la parola, in materia di diritti fondamentali, ritorni agli Stati nazionali in casi eccezionali (art. 15 CEDU). In linea, del resto, con il "Patto internazionale sui diritti civili e politici", adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU il 16 dicembre 1966 e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978. Al tempo stesso, viene riconosciuto il diritto fondamentale alla sicurezza, insieme a quello alla libertà (Trattato che istituisce la Cost. Eu., II, 6). Mentre viene ribadito il principio della riserva di legge per eventuali limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciuti nella Carta (II, 52) e viene esplicitamente vietato l'«abuso del diritto» (II, 54), ovvero l'uso delle garanzie costituzionali per distruggere o limitare i diritti fondamentali.

Insomma, in Europa le democrazie hanno il diritto di difendersi.

⁴ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 234.

Del resto, se anche la sicurezza è un diritto, come viene ribadito nel Trattato che istituisce una Costituzione europea, (II, 66) non merita esso una tutela analoga a quello, ad esempio, della libera manifestazione del pensiero?

Consideriamo, a titolo esemplificativo, le esperienze di alcuni Paesi: Gran Bretagna, Francia, Spagna, Italia e Germania. L'esperienza britannica si caratterizza per un approccio molto pragmatico, che consente all'Esecutivo di agire con ampia libertà, senza tuttavia che si formino 'vulnera' nel sistema delle garanzie. Mentre in Francia è decisivo il ruolo del Presidente della Repubblica, i cui poteri sono molto ampi, ma sono però sottoposti al controllo sia del Parlamento sia della giustizia costituzionale. Decisamente sbilanciata, in favore del garantismo, l'esperienza degli ultimi anni in Germania, dove il sindacato di costituzionalità ha un ruolo fondamentale nelle meccaniche istituzionali. L'Italia e la Spagna sono accomunate dal rifiuto della legislazione di emergenza – rifiuto confermato anche con l'acuirsi recente della minaccia terroristica.

Dopo l'11 settembre, nei singoli Paesi s'è fatta strada l'esigenza di procedere parallelamente al rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo in materia di *criminal policy*, in quanto, come le indagini del Congresso americano hanno dimostrato, la confusione tra il piano giudiziario e quello della repressione indebolisce lo Stato nei confronti delle nuove minacce terroristiche.

Sul piano comunitario, però, si rileva una tendenza a sommare, piuttosto che a integrare le varie esperienze, facendo prevalere gli aspetti tecnico-giudiziari su quelli propriamente politici.

Il primo segnale in questo senso viene già con l'incardinamento giuridico della lotta al terrorismo proposto nella Decisione quadro UE del 13 giugno 2002. La lotta contro i terroristi viene fondata sui «valori universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», che sono alla base dell'esperienza costituzionale europea (preambolo, [1]) e di cui il terrorismo costituisce una delle più gravi violazioni (preambolo, [2]). Ora, l'incardinamento giuridico del reato di terrorismo internazionale di cui all'art. 270bis cp, in Italia, fa leva sulla configurazione dell'ordine pubblico, quale bene giuridico protetto, a sua volta sulla base del principio di sovranità. Insomma, il bene giuridico protetto dall'art. 270bis, anche dopo l'11 settembre 2001, continua a essere l'ordinamento costituzionale italiano, anche nell'ipotesi di terrorismo internazionale, come conferma la giurisprudenza. Anche la configurazione della sicurezza mondiale come bene giuridico protetto fa leva, a sua volta, sulla seconda parte dell'art.11 Cost., che trova a sua volta il suo fondamento nell'art. 2 Cost., che fa riferimento, in ogni caso, alla Repubblica, quale soggetto che riconosce il carattere inviolabile dei diritti della cui tutela si fa, dunque garante, grazie agli strumenti dell'apparato statale. Su che cosa fa leva, invece, il testo europeo? Su 'valori'. Insomma, si tratta di un manifesto politico. La debolezza emerge laddove, una volta assodato che «la definizione dei reati terroristici dovrebbe essere ravvicinata in tutti gli stati membri, compresa quella dei reati riconducibili a organizzazioni terroristiche», si rinuncia, di fatto, a una definizione giuridicamente vincolante di terrorismo, pur in presenza di una distinzione tra 'reati terroristici' (art. 1), 'reati riconducibili ad un'organizzazione terroristica' (art. 2), 'reati connessi alle attività terroristiche' e 'istigazione, concorso, tentativo' (art. 3). Manca, dunque, un supporto giuridico a una 'politica' contro il terrorismo. L'elaborazione di una definizione giuridicamente vincolante di terrorismo comporterebbe, infatti, la determinazione dello spazio sovrano dell'entità politica europea.

Manca una politica europea

Il coordinamento della politica europea contro il terrorismo, affidato inizialmente a De Vries (2004), non diede i risultati sperati. Anzi, si rivelò alquanto deludente, come si legge negli atti del Parlamento europeo, che ha parlato, al riguardo, di assenza di concretezza e di progettualità.

La strategia securitaria adottata dall'UE ha nettamente privilegiato la raccolta dei dati personali, tanto che qualcuno ha parlato di 'tsunami digitale'. Nel programma dell'Aja, accanto a principi di sussidiarietà, proporzionalità, efficacia e dissuasività se ne aggiunge uno nuovo: la disponibilità (*availability*), in base al quale gli apparati di intelligence e polizieschi di ciascuno Stato, che

abbiano bisogno di talune informazioni prima dell'avvio del procedimento giudiziario, possono ottenerle da un altro Stato membro. Si punta, così, verso l'uniformazione di condizioni di operatività di Unione Europea, come è chiarito anche nel *Proposal for a Council Framework Decision on the Exchange of information under the principle of availability* (COM [2005] 490). Restano, ovviamente, le classiche precauzioni: non compromissione delle indagini in corso, tutela delle fonti di informazione, riservatezza, tutela di libertà e diritti fondamentali. In altre parole, si provvede a un'integrazione sul piano delle risorse necessarie all'esercizio della discrezionalità politica nel campo della repressione penale, nel quadro delle garanzie comuni alle esperienze costituzionali europee (v. anche, per restare ai documenti più recenti, la Decisione quadro 2006/960/GAI 18 dicembre 2006).

Non esiste (peraltro) nessuna prova che l'accumulo di dati sia di per sé sufficiente a sconfiggere chi minaccia la sicurezza. Il problema, dunque, è che cosa si intende per "conoscenza". Se si intende il semplice accumulo di dati, allora non è la conoscenza in se stessa a garantire l'efficienza delle attività di Intelligence e di Security. Al riguardo, l'ex capo del Mossad, Efraim Halevy, ha sostenuto che bisogna guardarsi dalla 'hybris' dell'Intelligence, dalla convinzione, cioè, di potere risolvere tutto con la conoscenza. Analoghe considerazioni si trovano negli atti del Congresso USA dedicati all'*intelligence failure*' dell'11 settembre. Il problema, a ben vedere, è politico, nel senso più ampio. Quando ci si affida al flusso dei dati, non solo si perde la capacità di immaginazione, ma ci si deresponsabilizza. Dal punto di vista di chi si occupa dei sistemi costituzionali, si può dire, anzi, che l'accumulo di conoscenza, scollegato da una responsabilità politica, può rappresentare una grave minaccia per la democrazia.

Insomma, in un sistema costituzionale, non ci può essere *Availability* non vincolata a una *Political Accountability*. Ma non c'è *Accountability* se non dentro un perimetro pubblico disegnato sulla base del principio di sovranità.

La via giudiziaria alla sicurezza

I principali risultati europei conseguiti sul fronte della cooperazione nella lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo hanno natura giudiziaria, non politica. Insomma, al di là del superamento della struttura 'a pilastri', si avverte con forza l'assenza di una comune politica estera e di una comune politica militare. L'integrazione politica è sostituita da un'integrazione di carattere tecnico-giudiziaria, che risulta in più punti incompatibile con le singole tradizioni costituzionali.

Facciamo due esempi: il mandato di cattura europeo e il prelievo forzoso del DNA.

Per quanto riguarda il mandato di cattura europeo, esso ha le sue origini nel Trattato di Amsterdam, del 1977, dove si ponevano le basi per fare dell'Europa unita uno spazio di 'libertà, sicurezza e giustizia'. Ma quello spazio non ha carattere politico.

La creazione dello spazio di giustizia e sicurezza, infatti, poteva essere perseguita in due modi: attraverso l'armonizzazione delle legislazioni, o, in alternativa, attraverso il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

La prima soluzione avrebbe comportato una progressiva armonizzazione dei codici, nel rispetto della separazione dei poteri: i parlamenti e i governi avrebbero proposto e fatto le leggi, sulla base di una 'regia' europea che avrebbe armonizzato il tutto, sulla base di accordi politici. La conseguenza sarebbe stata che i magistrati europei, indipendentemente dalla loro nazionalità, avrebbero potuto operare in un comune quadro di riferimento. In questo modo, la 'legge', intesa come norma di orientamento generale prodotta dal potere politico, avrebbe dominato il processo di integrazione, a prescindere, poi, dai percorsi tecnici adottati da ciascun Paese. È stata scelta, invece, la seconda soluzione, che ha comportato l'azzeramento di ogni passaggio politico-amministrativo e la creazione di un meccanismo procedurale unitario, a prescindere dal quadro normativo nazionale in cui questo va ad operare, per svariate decine di reati. In altre parole, la procedura, intesa come 'tecnica', ha prevalso sulla 'legge', che è il prodotto dell'attività politica. In

questo modo, l'intera comunità politica viene soggiogata dai tecnici del diritto e anche nei paesi dove esiste una forte separazione dei poteri, si afferma una netta prevalenza del potere giudiziario sugli altri.

Tutti i paesi europei hanno, infatti, norme specifiche contro il terrorismo. Anche prima del mandato europeo, se un magistrato italiano vuole perseguire un cittadino spagnolo per terrorismo, può farlo sulla base delle attuali norme, con la collaborazione della magistratura e della polizia spagnole. Il salto di qualità, nella lotta europea al terrorismo e alla malavita organizzata, sarebbe stato il passaggio all'integrazione politica, vale a dire al riconoscimento di una sovranità europea, quale bene giuridico da tutelare. Ma questo sviluppo, ormai, sembra utopico.

Il mandato, infatti, sostituisce l'extradizione. L'extradizione incardina la collaborazione tra le magistrature nell'ambito della collaborazione tra i governi e subordina l'azione giudiziaria extraterritoriale all'armonia dei sistemi di garanzia tra i paesi interessati. Ma ancora non esiste un quadro europeo di garanzie perché manca, per volontà del popolo sovrano, una costituzione europea. Emergono, infatti, problemi seri di compatibilità con il diritto costituzionale italiano, in particolare per quel che riguarda il combinato disposto degli articoli 10 ultimo comma, 25, 26 e 2 della Costituzione, in base al quale la genesi stessa della giurisdizione si sviluppa nello spazio pubblico nato dalla volontà del popolo sovrano – popolo sovrano che, nel riconoscere l'ispirazione cristiano-personalistica che guida l'esercizio del proprio potere costituente, pone le premesse per una mitigazione del principio di sovranità in coerenza con i valori da esso stesso professati, non certo in adempimento di direttive internazionali. Il legislatore costituente si occupa, infatti, del problema dell'extradizione per la sua particolare rilevanza in materia di diritti fondamentali e lo colloca, non a caso, subito dopo il principio del giudice naturale. Per giudice naturale precostituito per legge, ricordiamo, è da intendersi l'ufficio giudiziario individuato legalmente in base a precisi criteri, stabiliti prima dell'insorgere della controversia, facenti riferimento al territorio, alla materia, alla valore e alla funzione. L'individuazione di tali criteri non può che avvenire per via parlamentare, nello spazio pubblico, definito sulla base del principio di sovranità. In altre parole, il sistema di ascisse e ordinate che consente l'individuazione del giudice naturale è, in base alla secolare tradizione del costituzionalismo inglese, nelle mani del Parlamento.

Qui sta la garanzia sia della separazione dei poteri sia dell'imparzialità del giudice. In teoria, dunque, se non c'è una sovranità europea, non ci potrebbe essere mandato di cattura. È vero che in questo caso l'individuazione del giudice naturale avviene sulla base di una norma preesistente, ma: a) l'individuazione dei criteri non è passata al vaglio dei parlamenti nazionali, unici titolari, finora, della sovranità popolare; b) la legge sul mandato europeo moltiplica all'infinito, per ogni reato e ogni possibile reo, il numero dei giudici naturali, il che vanifica il principio del giudice naturale.

Per quel che riguarda il prelievo forzoso del DNA, il recepimento del Trattato di Prüm in Italia è stato reso possibile dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in questa materia. Con la sentenza 238/1996, la Corte andava a modificare il proprio orientamento già espresso in passato (sent. 54/1986), quando aveva riconosciuto ai giudici la determinazione dei casi e dei modi del prelievo coattivo. Secondo la Consulta, il mutato orientamento si spiega con «la maggiore forza con cui il valore della libertà personale si è affermato nel nuovo codice di procedura penale, ispirato in modo particolarmente accentuato al favor libertatis». In questo modo, i giudici fanno dipendere il proprio orientamento circa la tutela dei diritti fondamentali (con riferimento particolare all'art. 32 comma 2 Cost.) dalle determinazioni del Legislatore ordinario. Quest'ultimo, ovviamente, si muove dentro il percorso tracciato in sede europea. I rischi di abusi in materia di prelievo forzoso sono ben sintetizzati nella celebre sentenza *S. and Marper vs United Kingdom* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (*S. and Marper vs United Kingdom*, ECHR, NO. 30562/04 e 30566/04, 4.12.2008).

La questione, poi, però è un'altra: il prelievo forzoso del DNA è uno strumento di natura eminentemente giudiziaria, che riguarda l'accertamento di un reato compiuto da parte di un individuo. Si tratta, cioè, di uno strumento formidabile in mano alla magistratura, che solo in via del

tutto accidentale può rivelarsi utile nel contrasto alla minaccia terroristica. In altre parole, l'esigenza, oggettivamente innegabile, di una comune politica nei confronti della minaccia terroristica, ha portato i governi europei alla mera espansione della cooperazione giudiziaria, mentre la politica antiterroristica propriamente detta, ad esempio per quel che riguarda le attività di intelligence o le misure in deroga alle libertà fondamentali, rimangono nelle mani dei governi nazionali, salvo esperienze di cooperazione e armonizzazione, le cui radici sono più nei rapporti internazionali nel periodo della guerra fredda.

“When the Courts go Marching in”. La via giudiziaria alla sicurezza (e alla politica)

Intanto, le Corti fanno il loro mestiere: difendono i diritti.

Nel caso *Organisation des Modjahedines*, il Tribunale di prima istanza della Comunità europea ha stabilito tre principi ultra garantisti sul tema delle *black list*: a) tenendo conto del fatto che una comunicazione preventiva potrebbe pregiudicare l'efficacia della misura, la comunicazione e l'audizione debbono avvenire subito dopo l'attuazione della misura, perché deve essere in ogni caso garantita la partecipazione dell'interessato; b) i diritti della difesa debbono essere garantiti, per cui la motivazione non può essere «generica o stereotipata», ma deve «indicare le ragioni specifiche e concrete per cui il Consiglio considera applicabile all'interessato la normativa pertinente»; c) la tutela giurisdizionale deve essere effettiva, ovvero al giudice non si può opporre il segreto in ragione delle esigenze di sicurezza: la tutela giurisdizionale effettiva rappresenta «la sola garanzia procedurale che consenta di assicurare il giusto equilibrio fra le esigenze della lotta contro il terrorismo internazionale e la tutela dei diritti fondamentali [...], le limitazioni apportate dal Consiglio ai diritti della difesa degli interessati devono essere bilanciate da un severo controllo giurisdizionale indipendente e imparziale»; pertanto, «il giudice comunitario deve poter controllare la legittimità e la fondatezza delle misure di congelamento dei fondi, senza che possano essergli opposti il segreto o la riservatezza degli elementi di prova e di informazione utilizzati dal Consiglio».

Tali principi, è stato notato, non vengono, di fatto, adottati nelle legislazioni nazionali post-11 settembre⁵. La Corte europea dei diritti dell'uomo, a sua volta, si è pronunciata in varie occasioni su casi riguardanti persone sospettate di aver commesso atti terroristici, sottolineando che anche nelle situazioni di emergenza terroristica, la CEDU vieta in maniera assoluta la tortura, le pene e i trattamenti inumani e degradanti. L'art. 3 CEDU infatti non ammette eccezioni e non è soggetto ad alcuna deroga ai sensi dell'art. 15 par. 2 CEDU.

Nel caso *Ocalan c. Turchia* appare a questo riguardo emblematico. La Grande Camera è giunta infatti ad affermare che la condanna del ricorrente si era fondata sulle dichiarazioni rese nel corso della *garde à vue* senza che fosse presente un avvocato, in violazione della CEDU.

Sulla stessa linea si muovono le Corti costituzionali nazionali.

Il *Conseil Constitutionnel Français* ha giudicato parzialmente illegittima la legge relativa alla lotta contro il terrorismo nella parte in cui attribuisce alla polizia amministrativa non solo funzioni di prevenzione, ma anche di repressione di atti terroristici. Sono risultate invece compatibili con il diritto al rispetto della vita privata le disposizioni della medesima legge relative alla raccolta di dati su veicoli e passeggeri in determinate arterie stradali.

A sua volta, la *House of Lords* ha dichiarato illegittima la legge sulla lotta al terrorismo che permetteva la detenzione di stranieri sospettati di aver compiuto atti terroristici senza garantire loro un giusto processo. Ed ancora, la Corte costituzionale tedesca ha ritenuto incostituzionale la legge sulla sicurezza aerea che autorizzava l'aviazione militare ad abbattere un aereo con passeggeri civili a bordo ostaggi di un terrorista, per violazione del diritto alla dignità e del diritto alla vita.

⁵ M. Savino, *La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, gennaio 2008.

Infine, la Corte costituzionale belga, ha giudicato compatibile con il principio di eguaglianza la normativa nazionale di applicazione della decisione-quadro sul terrorismo, ritenendo che il legislatore nazionale avesse giustamente deciso di punire più severamente coloro che hanno compiuto atti di terrorismo.

Ci si chiede, a questo punto, se i giudici, giustamente, costruiscono l'Europa dei diritti, chi costruisce l'Europa della politica? Si ha l'impressione, infatti, che i giudici stiano costruendo anche l'Europa politica.

Che rapporto ci deve essere, ad esempio, tra Eurojust ed Europol? Qualcuno immagina che si possa instaurare il medesimo rapporto esistente in Italia tra il Pubblico ministero e la Polizia giudiziaria. Ma questo vorrebbe dire arrivare a un vero Pubblico ministero europeo, fermo restando l'esercizio domestico della funzione giudicante. Forse ciò sarebbe utile all'Italia, perché saremmo finalmente costretti a superare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che sbarrava la strada ad una piena responsabilizzazione politica della *Criminal Policy* resa, oggi, necessaria dalle nuove minacce alla sicurezza.

Da più parti viene chiesto *'more Europe'*. Viene chiesto da: Obama, con il suo approccio multilateralistico; dalla Cina, che deve lavorare su ben 23 tavoli europei, anziché con uno; dai Paesi del Maghreb, che ci chiedono con chi debbono discutere, non occasionalmente ma in chiave strategica, sul problema dei flussi migratori. Gli esempi potrebbero continuare. Forse, tra non molto, ci sarà un unico seggio europeo al G20 e al FMI. Ma intanto, tra di noi c'è competizione su chi debba sedere al Consiglio di sicurezza delle NU. Siamo riusciti, per ora, a rispondere agli attacchi della speculazione. Ma si tratta di risposte tecniche (470 miliardi di euro a disposizione per il riacquisto dei titoli dei paesi più vulnerabili), non politiche. L'attacco degli speculatori è stato respinto, ma esso è riuscito a far traballare il 'progetto politico' europeo agli occhi degli osservatori internazionali. I meccanismi e i tempi della risposta denunciano una grave debolezza politica, che rende estremamente vulnerabile il Continente.

La sicurezza, oggi, la si garantisce soprattutto attraverso la prevenzione, ovvero attraverso le scelte politiche interne e internazionali.

In Europa abbiamo una giurisdizione senza sovranità. Si tratta di una condizione di grande debolezza. L'originaria formulazione dell'art. 101 Cost. era «La funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo. / I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza. / I magistrati non possono essere iscritti a partiti politici o ad associazioni segrete». Se passò la formulazione attuale, fu perché, come ebbe ad esprimersi uno dei padri costituenti, «dire che la giurisdizione è 'espressione della sovranità della Repubblica' è un pleonasma concettuale rispetto all'affermazione successiva che essa 'è esercitata in nome del popolo': anche la sovranità dalla quale la giurisdizione deriva procede dal popolo, al pari della sovranità della Repubblica» (Tito Oro Nobili)⁶. Di fronte alla nuova minaccia terroristica, l'ideale di una giurisdizione senza sovranità s'è dimostrato ben lungi dall'essere realizzabile. Le democrazie costituzionali individuano nel principio di sovranità il fondamento delle loro politiche di auto-protezione. Di certo vale per gli Stati Uniti d'America e per i singoli Paesi europei. Non vale per l'Europa, come entità politica unitaria, perché priva di sovranità. È una constatazione ovvia, forse persino banale, sulla quale occorre però riflettere, perché, data l'oggettiva minaccia terroristica, si sta comunque affermando una giurisdizione che non è espressione di alcuna sovranità ed è, dunque, priva dei limiti e dei contrappesi che, nella tradizione costituzionale, si accompagnano alla determinazione di ogni "imperium".

* P.A. Diritto pubblico comparato, Università Kore – Enna

⁶ Si vedano gli Atti dell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di giovedì 20 novembre 1947, pp. 2279-2280.

Abstract

L'11 settembre 2001 ha messo in evidenza tutti i limiti dell'interpretazione del terrorismo come fenomeno esclusivamente criminale, da perseguire in sede giudiziaria. Si evidenzia qui come, semmai, il problema sia più che altro politico. Occorrerebbe, quindi, anche una condivisione degli obiettivi, e non solo delle informazioni, nonché una 'cabina di regia' politicamente responsabile per la definizione dei target, in considerazione anche del fatto che il nemico della democrazia utilizza una sintassi operativa e comunicativa eccentrica rispetto ai nostri sistemi giuridici. Si osserva però che, se negli U.S.A. si è avuta con Obama una ri-politicizzazione dell'intelligence e della lotta al terrorismo, sulla scia della dottrina Bush, manca, invece, al riguardo, una politica comune europea. Finché non sarà sciolto il nodo della sovranità europea, sarà difficile costruire in Europa una comune politica di contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo, coerente con i valori dello Stato di diritto.

September 11th, 2001, showed all the limits given by conceiving terrorism as exclusively a criminal phenomenon to be pursued in court. It is noted here that the problem is more political. Therefore, its solution requires also a sharing of goals, not only of information, and a 'control room' politically responsible for the definition of targets, also in view of the fact that the enemy of democracy uses an operative and communicative syntax unfamiliar to our legal systems. It is noted, however, that, if in the U.S.A., Obama has re-politicized the intelligence and the fight against terrorism in the wake of the Bush doctrine, in Europe, what it is missing is a common policy. However, until the knot of European sovereignty will not be loosened, it will be difficult to build a common European policy to tackle organized crime and terrorism, consistent with the values of the rule of law.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman B., *Before the next Attack: Preserving Civil liberties in Age of Terrorism*, Yale University Press, 2006.
- Bassu C., *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>
- Beckman J., *Comparative legal approaches to Homeland Security and anti-terrorism*, Ashgate, Adershot / EN, 2007.
- Benazzo A., *Il caso Hamdan: un'altra lezione della Corte Suprema statunitense sul principio dei checks and balances*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006.
- Beard J. M., *The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations*, in *American Journal of International Law*, 2007.
- Bonetti P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- Bradley C. A., Goldsmith J. L., *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, in *Harvard Law Review*, 2005.
- Commission of the European Communities, *Proposal for a Council Framework Decision on the exchange of information under the principle of availability*, COM(2005) 490.
- Di Giovine A. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.

- Fabiano L., *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte Suprema nelle sentenze "Guantanamo"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005.
- Fanchiotti V., *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, in *Questione giustizia*, 2 – 3/2004.
- Fiorillo M., *Guerra e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- Fioritto A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Fitzpatrick J., *Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism*, in *American Journal of International Law*, 2002.
- Frosini T. E., Bassu C., *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Golose D., *United States: The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005.
- Gross E., *Trying Terrorists: Justification for Differing Trial Rules: The Balance Between Security Considerations and Human Rights*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2002.
- Held D., Mc Grew A.G. (a cura di), *The global transformation order: an introduction to the globalization*, Polity Press, Cambridge, 2003.
- Levinson S., *The Embarrassing Second Amendment*, in *Yale Law Journal*, Volume 99, 1989.
- Lichtblan E., Mezzetti M., *Military expands Intelligence role in U.S.*, in *The New York Times*, 13 gennaio 2007.
- Magliaro L., *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, in *Questione giustizia*, 2 – 3/2004.
- Matheson M. J., *The Amendment of the War Crimes Act*, in *American Journal of International Law*, 2007.
- Murphy S. D., *Ability of the Detainees in Cuba to Obtain Federal Habeas Corpus Review*, in *American Journal of International Law*, 2004.
- Napolitano M., *La posizione giuridica dell'enemy combatant dinanzi alle corti, ai tribunali e alle altre istanze giurisdizionali degli Stati Uniti*, in *Comunità internazionale*, 2007.
- National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *Public Report*, <http://www.9-11commission.gov/>
- Ratner M., *Moving Away from the Rule of Law: Military Tribunals, Executive Detentions and Torture*, in *Cardozo Law Review*, 2003.
- Rovner J., *Pathologies of intelligence Policy Relation*, MIT, Political Science Department, June, 2005.
- Sassoli M., *The status of persons held in Guantanamo under International Humanitarian law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004.
- Sbailò C., *Il costituzionalismo europeo e la nuova sintassi del terrore, tra primato dei diritti e pragmatismo operativo*, in Pfoestl E. (a cura di), *Sicurezza e libertà fondamentali*, Istituto

di Studi politici S. Pio V. APES, Roma, 2008.

- Schmitt C., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- Sciso E., *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003.
- Shelton D., *The Legal Status of the Detainees at Guantanamo Bay: Innovative Elements in the Decision of the Interamerican Commission on Human Rights of 12 March 2002*, in *Human Rights Law Journal*, 2002.
- Spiro P.J., *Hamdan v. Rumsfeld: U. S. Supreme Court Decision on Legality of Military Commissions Established by President Bush*, in *American Journal of International Law*, 2006.
- Stoelting D., *Military Commissions and Terrorism*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2003.
- Tamburrini V., *Un giudice federale dichiara incostituzionale una parte del Patriot Act*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004.
- Tondini M., Pierini J.P., *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, luglio 2007, www.forumcostituzionale.it.
- Vest J., *The Recent past and Future of Intelligence Politicization*, in *World Politics Review*, Febbraio 2009.
- Weitz R., *The Long Road Toward Intelligence Reform*, in *World Political Review*, Febbraio 2009.