

# DEMOCRAZIA E TERRORISMO

Roberto Bin \*

SOMMARIO:

1. “Crisi” e “emergenza”, costanti della storia costituzionale
2. Gli “alieni” siamo noi
3. Dopo l’11 settembre: che cosa minaccia la sopravvivenza di una Nazione?
4. (segue): sicurezza pubblica vs. dignità dell’uomo
5. (segue): misure internazionali e diritto alla difesa
6. Conclusioni: giudici e emergenza

## 1. “Crisi” e “emergenza”, costanti della storia costituzionale

Che la sfida del terrorismo internazionale causi una seria minaccia per la tutela dei diritti costituzionali è affermazione corrente. – Non ho intenzione di smentirla, ma solo di cercare di comprendere in che cosa consista la minaccia, da dove venga il pericolo e quali ne siano gli antidoti.

Una prima osservazione mi sembra però indispensabile. Né il terrorismo, né la sua dimensione “internazionale”, né la politica di restrizione dei diritti di libertà in nome della difesa della sicurezza dello Stato sono fenomeni nuovi, tutt’altro. Anche senza dover condividere fino in fondo la visione un po’ demoralizzante proposta da Giorgio Agamben<sup>1</sup>, la storia costituzionale ci dimostra con tutta evidenza come la “rottura” della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome della difesa della sicurezza sia una costante ovunque e in ogni tempo. Una visione un po’ onirica delle virtù dello stato liberale ha velato di ideologia una realtà ben più scabrosa.

Tutta la nostra storia costituzionale occidentale, che ne siamo consapevoli o meno, è segnata infatti da questo problema. Il concetto di crisi costituzionale è immanente, costantemente attuale, nella storia costituzionale europea, che è scandita proprio dalle tappe più significative della minaccia all’ordine costituito e dalle reazioni dello stato, tutte ispirate all’esigenza di proteggere la sicurezza collettiva anche al costo di interrompere le garanzie costituzionali: la crisi del 1830, i moti del ’48, la Comune di Parigi, i tumulti di fine secolo, la Grande guerra e le ripercussioni della rivoluzione bolscevica, l’avvento del fascismo... tutti momenti di crisi, di minaccia al sistema. Crisi ha significato rottura, interruzione nella tutela costituzionale dei diritti, la loro ricorrente sospensione nel prevalente interesse della tutela dell’ordine pubblico. Sul tema vorrei ricordare un passo di quel grande giornalista cronista degli eventi istituzionali francesi di metà ‘800, che è stato Karl Marx: *“Gli avi dei repubblicani dabbene avevano fatto fare al loro simbolo, il Tricolore, il giro dell’Europa. I loro epigoni [si riferisce a Luigi Bonaparte] fecero anch’essi un’invenzione, che si aprì da sé*

---

\* Relazione svolta al Collegio Ghisleri di Pavia il 25 ottobre 2006 e in corso di pubblicazione nella Collana della Facoltà di Giurisprudenza di Pavia, edita dalla Cedam.

<sup>1</sup> *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

*il cammino per tutto il continente, per ritornare in Francia con sempre rinnovato amore. Questa invenzione si chiama 'stato d'assedio', invenzione eccellente, applicata periodicamente in ognuna delle crisi che si succedettero nel corso della Rivoluzione francese.*"<sup>2</sup> Non si tratta di una visione "partigiana" degli eventi, perché la stessa teoria costituzionale giustificava queste rotture. Potrei citare due voci. Una è quella di un autore che piaceva tanto a Carl Schmitt, Donoso Cortés<sup>3</sup>: *"Quando la legalità basta per salvare la società, sia la legalità; quando non basta, sia la dittatura. ... la dittatura, in certe circostanze, in circostanze come la presente, è un governo legittimo, buono, utile come qualsiasi altro, è un governo razionale, che può essere difeso in teoria come in pratica"*. Era un notevole pensatore, Donoso Cortés, un "dottrinario" che rifletteva con drammatica schiettezza sul delicato e instabile equilibrio che, in un regime costituzionale liberale, si crea tra garanzia dei diritti e sospensione degli stessi, tra legalità costituzionale e sua soppressione in nome della sicurezza dello Stato. Ed un altro grande "dottrinario", François Guizot, osservava che lo stato d'assedio non è affatto, in quel sistema, una "legge d'eccezione", ma "diritto comune" di un ordinamento liberale, che dev'essere costantemente applicato ad un certo numero di casi determinati<sup>4</sup>.

Come si vede, la "dittatura", lo stato d'assedio, lo stato di eccezione non sono fenomeni estranei, ma una dimensione immanente, una costante presenza nella nostra storia costituzionale d'epoca liberale. Nei giorni feriali lo Stato era costituzionale e liberale, la domenica e nei giorni festivi prendevano sopravvento la dittatura, lo stato d'assedio, i cavalli di frisia, la sospensione e la crisi dei diritti. L'ordinamento ha spesso cercato di inglobare nella "regola" l'eccezione: la teoria della necessità come fonte suprema dell'ordinamento, l'"invenzione" della decretazione d'urgenza, la stessa disciplina dello stato d'assedio ne sono la riprova<sup>5</sup>.

## **2. Gli "alieni" siamo noi**

Ma – si dirà – cosa c'entra tutto questo con il terrorismo internazionale? C'entra eccome. Prendiamo lo stato d'assedio: esso serve a tracciare una linea di confine tra dentro e fuori, tra il potere costituito e la minaccia che ad esso è portata da che ne è escluso, tra "noi" e gli "altri". L'aspetto "sociale" del conflitto che è insorto non deve trarre in inganno: è vero che la massa in tumulto che minaccia lo stato (e l'ordine sociale che esso incorpora) è fatta di soggetti appartenenti alla stessa comunità nazionale (anche se non manca mai la denuncia propagandista della presenza di "agitatori stranieri"), ma la nazionalità è solo un altro velo che maschera la "alterità" dei contestatori: sono "alieni"

---

<sup>2</sup> *Il 18 Brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma, 1974,

<sup>3</sup> Nel suo celebre *Discorso sopra la dittatura*.

<sup>4</sup> *«Ce qu'on a appelé de tout temps une loi d'exception, c'est une loi temporaire qui déroge au droit permanent du pays. La loi sur l'état de siège n'avait rien de semblable; c'était, je le répète, le droit commun du pays, dans un certain nombre de cas détereminés; cette législation avait été constamment appliquée, elle existait en fait comme en droit»* : *Historie parlementaire de Franc: recueil complet des discours prononcés*, vol. II, XLVI. - Discussion sur un projet de loi relatif à l'état de siège. (Chambre des pairs, séance du 16 février 1833.) p. 94 ss., 101.

<sup>5</sup> Per un attento esame dei "modelli" normativi e costituzionali per gli stati d'emergenza, cfr. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004.

perché esclusi dalla “società”, ne contestano l’ordine sociale e l’ordine politico, sono masse escluse dal “pieno godimento” dei diritti e, innanzitutto, dal godimento dei diritti politici; sono “alieni” perché esclusi dallo *status* di cittadini di pieno diritto, non votano e non entrano nelle istituzioni rappresentative. Il mondo liberale difende un ordine sociale e le sue istituzioni strettamente delimitando, con il suffragio limitato, il diritto di “cittadinanza politica”: i suoi contestatori sono, dal punto di vista politico, degli stranieri; come “alieni” vanno trattati, con il cannone e le truppe, anche se ciò comporta una necessaria restrizione della tutela dei diritti di cui godiamo “noi”, cittadini a tutti gli effetti, come capita in ogni guerra contro il nemico esterno. Il conflitto internazionale si confonde con il conflitto sociale, e giustamente Carl Schmitt<sup>6</sup> parlava degli stessi conflitti mondiali come di tappe estreme della guerra civile europea. Anche il terrorismo “politico” che ha insanguinato pochi decenni or sono molti paesi europei - l’Italia e la Germania, la Spagna e il Regno Unito, per esempio – ha presentato spesso interessanti sovrapposizioni tra il conflitto sociale “interno” e il conflitto inter-nazionale; anzi, già allora si è parlato molto spesso di “centrali terroristiche internazionali”.

La storia americana è estremamente significativa. Nel suo recente libro<sup>7</sup>, Geoffrey Stone riesamina i casi cruciali in cui anche negli Stati Uniti la minaccia alla sicurezza dello stato è stata affrontata con forti deroghe alla tutela delle libertà costituzionali, casi di grave crisi costituzionale dunque. Non essendo la storia di quel paese caratterizzata, almeno in apparenza, dall’accentuata conflittualità sociale che ha reso drammatica la storia europea dalla Rivoluzione francese in poi, tutte le crisi sono state motivate da reali o supposte aggressioni esterne: dal *Sedition Act* del 1798, giustificato dal pericolo di un’aggressione francese, preceduto dagli *Alien Acts* che riguardavano lo *status* degli stranieri (anche degli stranieri “amici”) in caso di guerra<sup>8</sup>, ai provvedimenti con cui Lincoln, durante la Guerra civile, sospese la libertà di espressione e l’*habeas corpus*, facendo sottoporre i civili ai tribunali militari senza possibilità di appello; dall’*Espionage Act* del 1917, con cui furono incarcerati oppositori alla coscrizione e dissidenti politici, nonché introdotte pesanti limitazioni alla stampa e alla corrispondenza (misure ulteriormente aggravate dal *Sedition Act* del 1918), alla deportazione di massa di giapponesi e di cittadini americani di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale: e, naturalmente, al *Patriot Act* con cui l’amministrazione Bush ha reagito all’11 settembre.

Come Stone mette in luce, nessuno di questi provvedimenti (neppure quelli voluti dai *Federalist* e poi da Lincoln), formalmente diretti contro gli “altri”, gli stranieri, è stato privo di un risvolto interno, diretto alla repressione del dissenso interno e alla “regolazione” del conflitto politico e sociale. A parte la repressione “ordinaria” della protesta sociale – i governatori di diversi stati dichiararono la legge marziale per interrompere i grandi scioperi di “fine secolo”

---

<sup>6</sup> Donoso Cortés, Milano, 1996, p. 22.

<sup>7</sup> Perilous Times - Free Speech in Wartime, New York - London 2004.

<sup>8</sup> L’*Alien Enemies Act* prevedeva che, in caso di guerra, gli stranieri cittadini o comunque soggetti a stati nemici potessero essere confinati, imprigionati o deportati per decisione del Presidente; l’*Alien Friends Act* era invece una misura di emergenza che consentiva al Presidente Adams di incarcerare, detenere o deportare *qualsiasi* non cittadino se ritenuto pericoloso, senza neppure garantirgli alcuna tutela giurisdizionale; il *Sedition Act* colpiva invece il dissenso politico, limitando quindi la libertà di espressione degli stessi cittadini.

e del primo decennio del '900<sup>9</sup> - la legislazione repressiva varata per difendersi dai "nemici" in occasione della prima guerra mondiale funzionò a dovere anche per la repressione violenta del "pericolo rosso" nel biennio 1919-20, quando gli Stati Uniti si trovarono di fronte – come scrisse allora il *New York Times* – al "terrorismo di massa dei bolscevichi". E naturalmente si potrebbe citare la seconda ondata anticomunista, quella del maccartismo. È vero che in entrambi i casi il pericolo era "esterno", fomentato dai bolscevichi prima e dal blocco sovietico poi; non a caso il "braccio armato" del maccartismo fu l'*House Un-American Activity Commitee*: istituito già nel 1938 per investigare sulla propaganda anti-americana negli Stati Uniti, di cui allora i principali sospettati erano i movimenti filonazisti, esso si convertì quasi subito alla lotta contro i movimenti comunisti<sup>10</sup>, e divenne nell'immediato dopoguerra il principale motore della "caccia alle streghe" in nome della sicurezza nazionale.

Insomma, la storia americana ci insegna molte cose: non solo che in tempi di crisi si è sovrastimato il bisogno di sicurezza e svalutato il valore della libertà<sup>11</sup> senza che il rimorso conseguente a questa constatazione bastasse a prevenire il ripetersi dello stesso errore nella crisi successiva<sup>12</sup>; ma anche che l'emergenza causata dal pericolo esterno giustifica misure restrittive dei diritti che poi vengono applicate nella gestione "ordinaria" di vicende interne.

### **3. Dopo l'11 settembre: che cosa minaccia la sopravvivenza di una Nazione?**

La nuova stagione della legislazione d'emergenza è stata innescata dall'attacco terroristico dell'11 settembre. A partire dagli Stati Uniti, e poi dal Canada, dal Regno Unito, dalla Francia, dalla Germania, pressoché tutti i paesi occidentali si sono dotati di una legislazione repressiva; altrettanto hanno fatto gli organismi internazionali, dall'Onu al Consiglio d'Europa e alla Unione europea<sup>13</sup>. Sospensione o forte restrizione dei diritti degli stranieri si sono accompagnate alle deroghe alle regole processuali, che hanno ridotto la pubblicità dei processi, le garanzie della difesa nell'acquisizione delle prove e alla loro contestabilità, introdotte eccezioni alla giurisdizione ordinaria, rafforzato le misure di prevenzione. Nel contempo operazioni di *intelligence* hanno dimostrato che anche negli stati più restii ad adottare misure accentuatamente derogatorie si effettuano interventi illegali che di fatto lasciano la mano pressoché libera ad attività di polizia non rispettose né della sovranità degli stati

---

<sup>9</sup> Come ricorda A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Roma, 2003, p. 183 s.

<sup>10</sup> Cfr. G. STONE, *op. cit.*, p. 245 ss.

<sup>11</sup> "There is reason to think that as a general matter in times of crisis, we will overestimate our security needs and discount the value of liberty": D. COLE, *Enemy Aliens*, in [54 Stan. L. Rev. 953, 955 \(2002\)](#).

<sup>12</sup> "After each perceived security crisis ended, the United States has remorsefully realized that the abrogation of civil liberties was unnecessary. But it has proven unable to prevent itself from repeating the error when the next crisis came along": questa affermazione del giudice William J. Brennan è citata da M. TUSHNET, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *Wis. L. Rev.* 273 (2003).

<sup>13</sup> Per una rassegna critica, cfr. V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione*, Torino 2004, Cap. II, A. BENAZZO, *op. cit.*, e P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 79 ss.

né delle maglie imposte dai loro ordinamenti legali<sup>14</sup>. Di diritto o di fatto il livello di tutela effettiva dei diritti e delle libertà costituzionali si è più o meno sensibilmente abbassato man mano che gli stati hanno avvertito l'urgenza di trovare strumenti sempre più adeguati al pericolo: *“lo stato, che pone la sicurezza come suo compito prioritario, fa una promessa che non potrà mantenere a sufficienza, ma che lo pungola permanentemente a nuove attività”*<sup>15</sup>. Ma non è la ricognizione di tali fenomeni, del resto ben noti, ciò a cui mi vorrei accingere: mi interessa di più la reazione dell'ordinamento giuridico.

In tutti gli ordinamenti occidentali in cui è intervenuta una legislazione *ad hoc* per la lotta al terrorismo internazionale, i giudici hanno reagito nel senso di ridurre l'impatto delle leggi restrittive delle libertà costituzionali. Sono note le pronunce della Corte suprema statunitense, che hanno ben presto iniziato a smussare le asperità più evidenti dei provvedimenti introdotti a seguito dell'11 settembre<sup>16</sup>. Ma reazioni ancora più forti e più nette sono emerse in altri paesi.

Nel dicembre 2004, per esempio, i *Law Lords*, massima autorità giurisdizionale britannica, hanno ritenuto che l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* fosse *“incompatibile with articles 5 and 14 of the European Convention insofar as it is disproportionate and permits detention of suspected international terrorists in a way that discriminates on the ground of nationality or immigration status”*<sup>17</sup>. La legge britannica è contestata per la discriminazione a danno degli stranieri che, se sospettati di connessione con organizzazioni terroristiche, sono soggetti ad un regime speciale fortemente limitativo delle garanzie del diritto alla libertà personale (carcerazione a tempo indeterminato e senza le ordinarie garanzie giurisdizionali). A parte la questione centrale della grave discriminazione di trattamento tra cittadini e stranieri, le considerazioni assai interessanti sviluppate dai *Law Lords* toccano una questione di assoluto rilievo: in che termini il pericolo di attentati terroristici sia così grave e attuale da far ritenere congrue e proporzionate le misure restrittive dei diritti fondamentali.

Le argomentazioni addotte ripercorrono infatti la storia del Regno Unito e si intrecciano con la riflessione su quanto accade in altri ordinamenti. Da un lato, si mette in rilievo come *“(i)ndefinite imprisonment without charge or trial is anathema in any country which observes the rule of law... Wholly exceptional circumstances must exist before this extreme step can be justified”*<sup>18</sup>; dall'altro si ragiona sul significato che assume “il pericolo per la vita della nazione”, per rimediare al quale si è ritenuto necessario misure “draconiane”. La vita di una nazione - si osserva - *“is not coterminous with the lives of its people”*, perché la nazione, le sue istituzioni e i suoi valori, durano attraverso le generazioni: *“In*

<sup>14</sup> In Italia l'episodio più noto è il c.d. “caso Abu Omar”, sui cui cfr. T. GIUPPONI, *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, in *Quad. cost.* 2006, p. 810 ss.

<sup>15</sup> E. DENNINGER, *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 54.

<sup>16</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507; *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 507; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466; *Hamdam v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006): su quest'ultima sentenza cfr. C. BOLOGNA, *Hamdan vs. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 813 ss. Sui precedenti cfr. A. BENAZZO, *op. cit.*, p. 172 ss.

<sup>17</sup> Così al par. 73 della sent. UKHL 56 [2004], che può essere letta in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/lords\\_terrorismo/LAWLORDS.pdf](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/lords_terrorismo/LAWLORDS.pdf), ove si trova anche un commento di C. BASSU, *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo*.

<sup>18</sup> Par. 74 (Lord Nicholls of Birkenhead).

*many important respects, England is the same nation as it was at the time of the first Elizabeth or the Glorious Revolution*". Un orgoglio tipicamente inglese, se si vuole, ma non privo di rilevanza sul piano dell'argomentazione giuridica. Pur essendo stato ammesso nella storia costituzionale inglese, in casi di eccezionale minaccia esterna come ai tempi della guerra contro Napoleone e delle guerre mondiali, il conferimento al Governo del potere eccezionale di sospendere l'*habeas corpus* e di arrestare i sospettati senza le dovute garanzie, l'esercizio di tale potere è stato spesso giudicato *a posteriori* "crucele e non necessario". Ma il problema vero è questo: se la "vita di una nazione", intesa come l'insieme delle sue istituzioni e dei suoi valori, può essere minacciata dall'occupazione straniera come quella minacciata dalla Invincibile armata o dal nazismo, non c'è certo il rischio che essa sia minacciata dal terrorismo internazionale, per quante vittime esso possa causare. Per cui leggi che infrangono la tutela dei diritti non sono giustificate dal pericolo che corre la nazione, anzi è vero l'opposto:

The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory<sup>19</sup>.

Ad essere messo in dubbio dal giudice è lo stesso nesso di congruità tra mezzo e fine, laddove il fine è salvaguardare la "vita della nazione", mentre il mezzo sarebbe rappresentato dal regime derogatorio rispetto alle garanzie dei diritti: un giudizio, quindi, che è ben noto ai giudici costituzionali di tutto il mondo, a cui spesso accade di dubitare della "razionalità di scopo" delle leggi sottoposte al loro sindacato. Così come rientrano nei terreni tipici del sindacato costituzionale anche le altre due questioni su cui i  *Lords* insistono, la *proporzionalità* delle misure legislative varate e la *ragionevolezza* della discriminazione introdotta tra stranieri e cittadini, quando entrambi siano sospettati di attività terroristiche.

#### **4. (segue): sicurezza pubblica vs. dignità dell'uomo**

Una sentenza di grande importanza è anche l'ormai celebre *Luftsicherheitsurteil* pronunciato nel febbraio del 2006 dal Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>20</sup>. Esso dichiara illegittima la legge federale sulla sicurezza aerea, in cui si detta una soluzione legale ad un noto dilemma con cui si dilettano i filosofi: si autorizza infatti l'aviazione militare ad abbattere un aereo civile, che trasporta piloti e passeggeri, nel caso in cui i terroristi lo dirottino con l'intento di farne un arma con cui colpire obiettivi civili o militari. La vita di pochi viene perciò sacrificata per proteggere la vita di molti, "la razionalità dell'autoconservazione", come l'ha chiamata Zygmunt Bauman<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Le citazioni nel testo sono tratte dai par. 89-97 (Lord Hoffmann).

<sup>20</sup> La sentenza può essere letta in [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr035705.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html): per un commento, cfr. A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/liberta\\_sicurezza/index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/liberta_sicurezza/index.html)

<sup>21</sup> *Modernità e olocausto*, Bologna, 1999.

L'argomentazione del tribunale non affronta il problema generale del pericolo rappresentato dal terrorismo internazionale e della congruità degli strumenti di reazione apprestati dal legislatore, ma si concentra, oltre che su questioni che qui meno interessano, sul denunciato contrasto della norma impugnata con i principi costituzionali del diritto alla vita e della tutela della dignità umana. Nell'ipotesi di un abbattimento dell'aereo dirottato da parte dell'aviazione militare, equipaggio e passeggeri – ragiona il tribunale<sup>22</sup> – sarebbero infatti ridotti alla mercé non solo dei terroristi, ma anche degli organi dello Stato, che disporrebbero della loro vita: essi sarebbero utilizzati come “*bloße Objekte*” sacrificabili in nome della salvezza di altri. Ciò anche a prescindere dalla considerazione che una tale decisione verrebbe assunta in presenza pur sempre di un considerevole margine di incertezza di quale sia la reale situazione dei fatti: l'abbattimento del velivolo produrrebbe la morte sicura di innocenti per evitare il pericolo di una catastrofe che altrettanto certa non può mai essere. Naturalmente le stesse argomentazioni non varrebbero se sull'aereo ci fossero soltanto i terroristi, perché loro hanno liberamente scelto di essere “oggetti” usati per un'azione criminale contro la collettività. Anche il principio di proporzionalità verrebbe rispettato, in quanto la gravità della minaccia deliberatamente portata alla vita di esseri umani innocenti ben giustifica la gravità della reazione degli apparati militari.

Ogni corte giudica secondo gli schemi argomentativi che le sono usuali e il Tribunale costituzionale tedesco non si distacca dallo stile che gli è tradizionale. È anche questo un modo per “assorbire” il colpo inferto all'ordinamento costituzionale dalle leggi per l'emergenza. In fondo, c'era bisogno di una legge speciale che autorizzi le forze armate ad assumere decisioni estreme in casi del tutto eccezionali? Qualcuno potrebbe seriamente pensare che ogni tentativo di bloccare un attacco terroristico che possa provocare un'ecatombe debba essere escluso se comporta il sacrificio di vite umane innocenti, e che debbano essere penalmente puniti coloro che in quei frangenti assumessero decisioni davvero tragiche? Il problema è enorme e nessuno si augurerebbe di trovarsi nei panni di chi deve decidere. Forse può capitare. Ma il problema vero è se il legislatore possa prevedere regole apposite per “deresponsabilizzare” chi quella decisione dovrà assumere. Anche se il Tribunale costituzionale non ha preso in considerazione questo profilo, su di esso meriterebbe riflettere con attenzione, perché costituisce forse il vero problema di fondo. Introdurre per legge ipotesi normative che regolano stati d'emergenza ipotetici – anche se si sono verificati nel caso dell'attacco dell'11 settembre – non è soltanto un eccesso di previdenza: la previdenza si esercita intensificando controlli e prevenzioni, perché l'introduzione di una previsione legislativa che anticipi gli eventi per autorizzare decisioni estreme, non serve a prevenire l'evento, ma a “normalizzarlo”; costituisce un *bill of indemnity* anticipato, che deresponsabilizza chi dovrebbe decidere nella sventurata ipotesi che l'evento si realizzi e scarica sulla collettività il relativo rischio, con la conseguenza di aumentare il livello della paura generale. Il vero rischio del terrorismo è proprio questo: serve a generare paura, e della paura può approfittare chi governa per valicare limiti relativi alla tutela dei diritti, al rispetto delle

---

<sup>22</sup> Si vedano in particolare i punti 123 - 125 della motivazione.

competenze, alle garanzie insite nelle procedure decisionali che in epoche “normali” sarebbe inimmaginabile valicare.

## **5. (segue): misure internazionali e diritto alla difesa**

Il terzo episodio che vorrei citare è la reazione della Corte di giustizia della Comunità europea di fronte ai provvedimenti assunti dagli organi comunitari per la lotta al terrorismo. Anche qui il caso è ben noto: riguarda il c.d. *listing*, una procedura sostanzialmente amministrativa condotta da un Comitato istituito dal Consiglio di sicurezza dell’Onu che è incaricati di compilare e gestire le liste di persone e organismi associati con le organizzazioni terroristiche, soggetti ai quali vanno applicate sanzioni tra cui il congelamento dei capitali e delle risorse finanziarie. L’Unione europea ha applicato le risoluzioni dell’Onu tramite una serie di atti assunti nell’ambito del secondo e terzo pilastro, rispetto ai quali le garanzie giurisdizionali sono del tutto escluse o molto ridotte<sup>23</sup>, per un arcaico residuo della *political question*. Tali atti sono stati poi recepiti ed eseguiti da una serie di regolamenti CE.

In questa lunga catena di atti, iniziata in sede Onu e terminata in sede CE, si vanifica la tutela giurisdizionale degli interessi e dei diritti delle persone e delle organizzazioni colpite, che vedono direttamente e incisivamente limitati i loro diritti individuali. Non è affatto chiaro infatti in che modo essi possano reagire di fronte ad un provvedimento personale di estrema gravità che discende dall’inclusione del proprio nominativo in una lista compilata da un organismo internazionale (di fronte al quale non esiste alcuna garanzia né procedurale né giurisdizionale), poi attuata tramite atti dell’Unione europea (rientranti nella PESC e perciò non sindacabili) e infine eseguita con provvedimenti CE, sindacabili solo in astratto, ma non in concreto, perché un giudizio su di essi comporterebbe un sindacato sugli stessi atti PESC e sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Il problema è stato posto dal ricorso dei soggetti privati direttamente colpiti dai provvedimenti della Comunità europea, dando luogo ad una lunga sequenza di decisioni del Tribunale di prima istanza e della Corte di Giustizia.

Il percorso seguito dal giudice comunitario è molto significativo. Esso è partito da posizioni di netta preclusione, in cui si è esplicitamente negato che i soggetti colpiti godessero di un diritto alla tutela giurisdizionale dei propri diritti: la documentazione che ha portato all’inserimento dei nominativi nella lista è coperta da assoluta riservatezza e non può essere richiesta dagli interessati, perché ciò è funzionale all’effettività della lotta al terrorismo<sup>24</sup>; per altro, gli obblighi assunti dagli Stati membri nell’ambito dell’Onu prevalgono su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, per cui anche per gli atti assunti dalle istituzioni europee che siano vincolati dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza è escluso qualsiasi controllo di legittimità da parte dei giudici comunitari (se non per ciò che riguarda le

---

<sup>23</sup> Cfr. M. E. BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell’ambito del secondo e terzo pilastro UE*, in *Quad. cost.* 2005, 170 ss., che commenta la prima pronuncia del TCE della serie, nel caso *Segi*.

<sup>24</sup> Sentenza *Sison* del 26 aprile 2005 (T-110/03, T-150/03 e T-405/03).

norme fondamentali del diritto internazionale appartenenti allo *ius cogens*)<sup>25</sup>. Insomma, come rileva tranquillamente il Tribunale nella prima decisione della serie<sup>26</sup>, “*per quanto riguarda l’assenza di tutela giurisdizionale effettiva fatta valere dai ricorrenti, si deve necessariamente rilevare che, con ogni probabilità, questi ultimi non hanno a disposizione nessuna tutela giurisdizionale effettiva, né dinanzi ai giudici comunitari né dinanzi ai giudici nazionali, contro l’iscrizione... nell’elenco delle persone, dei gruppi o delle entità coinvolti in atti terroristici*”.

Per quanto grave sia la minaccia del terrorismo internazionale, come si può abdicare in modo così vistoso ai principi che caratterizzano la tradizione costituzionale europea? In effetti nelle decisioni successive il giudice comunitario apre una serie di spiragli. In primo luogo enfatizza il ruolo degli stati membri nella procedura di *de-listing*, imponendo ad essi di assicurare ogni garanzia di contraddittorio nel procedimento amministrativo che gli interessati possono attivare e che potrebbe portare ad una richiesta, rivolta dallo stato di appartenenza o di residenza all’organismo dell’Onu, di cancellazione del nominativo dal famigerato elenco oppure una deroga al congelamento dei capitali; e circonda tale procedura delle dovute garanzie giurisdizionali, che devono ovviamente essere assicurate dagli stessi stati membri che devono pienamente garantire i diritti dei soggetti colpiti dalle misure anti-terrorismo<sup>27</sup>. In un secondo tempo estende il suo sindacato sugli atti comunitari di attuazione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza quando essi non siano espressione di un potere vincolato, ma comportino un margine di valutazione discrezionale: in questo caso le istituzioni comunitarie non possono derogare alle garanzie che tutelano i diritti individuali, e in particolare il diritto di difesa nel procedimento decisionale (sia comunitario che nazionale) e il correlato diritto di agire di fronte agli organi giurisdizionali. Il Tribunale così giunge persino – evento più unico che raro - a dichiarare l’illegittimità un atto comunitario per violazione dei diritti fondamentali<sup>28</sup>.

## 6. Conclusioni: giudici e emergenza

Spero che le conclusioni cui vorrei giungere non appaiono troppo ottimistiche. A me sembra che le reazioni dei giudici alla legislazione per l’emergenza terroristica abbiano un filo conduttore comune.

---

<sup>25</sup> Così le sent. *Kadi e Yusuf e Al Barakaat* del 21 settembre 2005 (rispettivamente T-315/01 e T-306/01).

<sup>26</sup> Ord. *Segi* del 7 giugno 2004 (T-338/02), punto 38 della motivazione.

<sup>27</sup> Sent. *Ayadi e Hassan* del 12 luglio 2006 (rispettivamente T-253/02 e T-49/04), su cui cfr. L. CAPPUCCIO, *Sanzioni ad Al-Qaeda nei regolamenti comunitari: si può agire solo nei confronti del proprio Stato di appartenenza?*, in *Quad. cost.* 2006, p. 821 ss. Significativa è, a tale proposito, la sentenza della Corte Cass., Sez. I pen., 15 giugno-19 settembre 2006, n. 30824, che, pur rigettando il ricorso sulla base di riscontri obiettivi, afferma che “il giudizio sulle caratteristiche e finalità di una organizzazione non può essere affidato a elenchi di formazioni ritenute terroristiche ed elaborati, per l’applicazione di misure di prevenzione, da governi di singoli stati o da organismi internazionali”, dimostrando di muoversi nella stessa prospettiva del Tribunale CE.

<sup>28</sup> Sent. *Modjahedines* del 12 dicembre 2006 (T-228/02), su cui cfr. L. CAPPUCCIO, *Il controllo degli organi giurisdizionali, nazionali e comunitari, sulle decisioni in tema di lotta al terrorismo internazionale: è illegittima la decisione delle istituzioni comunitarie che non rispetta il diritto di difesa*, in *Forum di Quad. cost.*

Esso è ben delineato dalla nota (e per alcuni – ma non per me – famigerata) sentenza con cui la Corte costituzionale italiana affrontò il problema della legislazione d'emergenza varata per contrastare il terrorismo interno negli "anni di piombo"<sup>29</sup>. Anche allora il legislatore era stato indotto a varare una serie di misure che fortemente limitavano le garanzie individuali, tra l'altro dilatando enormemente i termini della carcerazione preventiva. Benché esse "*suscitino immediato e profondo turbamento*", la Corte non le censura, valutandole adeguate alle circostanze: "*come l'esigenza della tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica è l'occasione legis, così le obiettive difficoltà degli accertamenti ne sono la ratio*". "*Di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento* – aggiunge la Corte in premessa - *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*". L'argomento tradizionale della *salus publica suprema lex* apre sempre una linea di credito al legislatore, da cui ci si aspettano misure legislative efficaci.

Ma di una linea di credito si tratta, non di un "*blank check*", come ha osservato la giudice O'Connor in *Hamdi v. Rumsfeld*. La Corte costituzionale mette subito in chiaro che lo stato d'emergenza è "*una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea*", per cui "*essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*". Non si tratta però soltanto della durata nel tempo: le garanzie dei diritti non possono essere "*vanificate*" e devono rispettare "*criteri di congruità*". Pur in una motivazione piuttosto stringata e con evidenti tracce di imbarazzo, sono tuttavia chiari i segni di un tentativo di riportare lo stato d'emergenza all'interno di un sistema controllabile. Ed è questa la prospettiva che emerge in tutte le decisioni dei giudici chiamati a giudicare la legislazione speciale emanata nei vari sistemi giuridici.

Le leggi per l'emergenza sono uno shock per l'ordinamento giuridico, come un sasso lanciato in una rete elastica, lo deformano, ma non lo sfondano. La rete tende ad assorbire il colpo e a riprendere la forma originale. Sono proprio i giudici a far reagire la rete. Sfugge al sindacato del giudice la valutazione – per dirla ancora con le parole della Corte costituzionale – se il mezzo scelto dal legislatore "*sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo (il) terrorismo... perché si risolverebbe in un sindacato su una scelta operata in tema di politica criminale dal potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la libertà e, prima ancora, la vita dei singoli e dell'ordinamento democratico*". Perché, come ha affermato Aharon Barak, *la Corte non deve prendere posizione sul problema di quali siano le misure di sicurezza efficaci nella lotta contro il terrorismo*"<sup>30</sup>. Vi è di solito anche uno scarto temporale che non va trascurato: il legislatore e il potere esecutivo agiscono anticipando gli eventi, in condizioni di incertezza; i giudici invece intervengono per lo più quando gli eventi, o quanto meno la loro anticipazione, si sono già verificati, forse esauriti, e possono esprimere un

---

<sup>29</sup> Sent. 15/1982.

<sup>30</sup> A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur.cost.* 2002, p. 3385, 3393.

giudizio più “freddo”<sup>31</sup>. Ma ciò non esclude affatto un controllo sulla ragionevolezza sulla valutazione *ex ante* del rischio e sulla congruità degli strumenti introdotti rispetto al fine (la sentenza dei *Law Lords* lo dimostra chiaramente), sulla proporzionalità delle misure legislative in rapporto all’incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali, in modo da garantire che l’emergenza non sia la scusa per introdurre limitazioni eccessive, ingiustificate o discriminatorie ai diritti costituzionali.

La rete delle argomentazioni giuridiche non deve subire lacerazioni in nome della necessità di provvedere, e deve riprendere il prima possibile la sua forma originale. Perché è fin troppo chiaro quale sia il rischio: “Dobbiamo renderci conto che qualunque cosa venga decisa quando il terrorismo minaccia la sicurezza, è destinata a durare per molti anni dopo che il terrorismo sarà stato sconfitto. Per questo, noi giudici dobbiamo agire con coerenza e costanza. Una decisione sbagliata in tempo di guerra e di terrorismo pone comunque la premessa che causerà una deviazione della giurisprudenza anche quando la crisi sarà stata superata”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. in questo senso M. TUSHNET, *Defending Korematsu?* cit., p. 287 s.

<sup>32</sup> A. BARAK, *op. cit.*, p. 3391. Per considerazioni analoghe circa la tendenza delle misure d’emergenza a divenire “*part of a process of social learning that both diminishes contemporary threats to civil liberties in our present situation and reproduces a framework of constitutionalism that ensures that such threats will be a permanent part of the constitutional landscape*”, cfr. M. TUSHNET, *Defending Korematsu?*, cit., p. 274.