



Anno VII, n. 1, 2017

Data di pubblicazione: 31 maggio 2017





Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Direzione e redazione: c/o Laboratorio
Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi "Roma Tre"
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma



www.democraziaesicurezza.it - <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/DemSic>
redazione@democraziaesicurezza.it

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011. ISSN 2239-804X.

Rivista scientifica (ANVUR) per l'Area 12 - Scienze giuridiche ai fini dell'ASN.

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a procedura di revisione anonima (*double blind peer review*).

Comitato direttivo

Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre" - Direttore scientifico)

Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón - Condirettore)

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Francesco Antonelli, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Jean-Philippe Derosier, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, David Mongoin, Lina Panella, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman.

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri (collaborazione di Enrico Strina).

Osservatorio sulla normativa: Massimo Rubechi (coordinatore), Valentina Fiorillo.

Osservatorio sulla giurisprudenza: Pamela Martino (coordinatrice), Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova.

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Cristina Pauner Chulvi, Cristina Gazzetta, Tommaso Amico di Meane.

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli, Pina Sodano, Valeria Rosato.

Recensioni: Beatrice Catallo.



Indice

Prospettive

Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale
di Laura Lorello

3

Saggi

*Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà
di un ordinamento democratico*
di Luca Buscema

39

*In the Fight Against Terrorism, Does Article 15 of the ECHR Constitute an Effective
Limitation to States' Power to Derogate From Their Human Rights Obligations?*
di Martina Elvira Salerno

109

*L'esperienza spagnola: dal terrorismo interno alla minaccia globale.
Strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova"*
di Isabella M. Lo Presti

135

La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia
di Mauro Trogu

175

*La armonización penal en materia de terrorismo como ejemplo
de irracionalidad político-criminal. Referencias al caso español*
di Noelia Corral Maraver

201

*Tra diritti fondamentali e smart sanctions: l'interessante caso
degli individui e delle società wrongfully listed*
di Claudia Candemmo

247

Sicurezza e libertà: margini e orizzonti di (buon) senso
di Gabriele Maestri

291



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno VII, n.1, 2017

data di pubblicazione: 31 maggio 2017

Indice

Conclusioni

di Beatrice I. Bonafè

343

Osservatori

Il ritorno della nazione e il futuro del Soggetto. Colloqui con Alain Touraine
di Francesco Antonelli

355

Omatakuyassi: la metànoia transculturale
di Enrica Tedeschi

365

La fenice nera della democrazia: per una fenomenologia della tortura
di Emanuele Rossi

405





Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale

di Laura Lorello *

1. Nello Stato costituzionale non è nuova la tensione tra esigenze di sicurezza e garanzia delle libertà degli individui (Bin 2006, 1; Bonetti 2006), pur se essa ha assunto tinte più forti per il diffondersi e lo stabilizzarsi della minaccia terroristica nell'epoca contemporanea.

Se esaminiamo il termine sicurezza, emergono numerosi interrogativi: cosa intendiamo per sicurezza? È un diritto? È un valore? È un "contesto"? E sicurezza di chi, dello Stato, degli individui, di entrambi? E ancora, e in modo più urgente, quali gli strumenti cui lo Stato e l'intera comunità politica può fare ricorso per garantire la sicurezza?

2. In termini generali, può individuarsi una nozione più ristretta di sicurezza, che la vede come difesa dalla violenza o dalla minaccia della violenza altrui; ma vi è anche una nozione più ampia di sicurezza, che

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale l'Università degli Studi di Palermo – Dipartimento di Giurisprudenza. Contributo su invito; il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento introduttivo al workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016).



accompagna alla prima la difesa da attacchi militari e paramilitari e la più estesa protezione dalle minacce arrecate al benessere socio-economico di una collettività (Mutti 2015, 348). Questa nozione viene messa alla prova dall'irrompere, nel nostro tempo, del terrorismo, che, per le diverse e imprevedibili forme che assume, ha prodotto un nuovo modo di guardare alle modalità di garanzia della sicurezza e all'uso della forza per assicurare la sopravvivenza della comunità politica (De Vergottini 2004, 1193-1194)¹.

Si pone, dunque, il problema di *qualificare* la sicurezza nel delicato assetto dello stato costituzionale (De Vergottini 2004, 1193; Cerrina Feroni e Morbidelli 2008; Pace 2013; Pace 2014).

La sicurezza può in primo luogo essere considerata come la condizione di esistenza di una comunità politica², l'elemento essenziale perché la dignità umana possa affermarsi e svilupparsi (Cerrina Feroni e Morbidelli 2008, 33)³, il «sostrato di fondo immanente alle stesse garanzie costituzionali dei diritti» (Ivi, 33 e 42).

In questa accezione essa presenta la forma del *valore*, di un valore *supremo*, o del *superprincipio* (Ivi, 35 e 40), che si riflette sulla natura delle misure che lo Stato può adottare per la sua protezione, che possono ben

¹ V. pure Benazzo (2008, 129) che fa notare che è l'ampiezza della minaccia che dà forma, calibra e legittima la risposta dello stato democratico, pur se i suoi strumenti devono essere sottoposti al controllo parlamentare e ai rimedi giuridici di tutela dei diritti.

² Guidi (2008, 109-110) parla della sicurezza come «presupposto laico di salvaguardia degli ordinamenti democratici» con funzione strumentale alla tutela dei suoi «valori».

³ Gli autori, a sostegno della natura della sicurezza come diritto sociale "superprimario", la cui realizzazione richiede l'intervento dello Stato, richiamano Peces-Barba (1993, 234 ss.) e Baldassare (1989, 25).



incidere sui diritti fondamentali e che possono ben assumere un carattere continuo e permanente (Ivi, 40-41), come continua e permanente è l'emergenza del terrorismo, privo di una localizzazione-limitazione nello spazio e nel tempo. Ciò finisce, tuttavia, per attribuire alla sicurezza una *sostanza* diversa rispetto ai diritti costituzionali, che ne impedisce il conflitto ma, soprattutto, che pone la sicurezza al di fuori della possibilità di un bilanciamento, in quanto non può aversi «una sicurezza attenuata, poiché la sicurezza bilanciata è una non sicurezza» (Ivi, 41)⁴.

In questa prospettiva, però, se è vero che la minaccia terroristica può incidere pericolosamente sugli equilibri dello stato democratico, non può non destare preoccupazione l'idea di una sicurezza che non sia mai bilanciabile (*Ibidem*)⁵. Già Gustavo Zagrebelsky⁶ aveva ammonito sui rischi dell'esistenza di *valori* nel sistema costituzionale, la cui assolutezza è incompatibile con la natura elastica e compositiva dei principi e la cui

⁴ I due autori evidenziano come la libertà e la sicurezza non siano elementi «tra di loro negoziabili» (41) e come la scelta di uno dei due diritti, libertà e sicurezza, sia una «falsa scelta». La sicurezza, infatti, non è un «fine in sé, ma uno strumento per accrescere le libertà» (*ibidem*). Su questo aspetto può richiamarsi Bauman (2011, 213), che, nel criticare la tesi dei comunitaristi, appunto fondata sulla contrapposizione tra libertà e sicurezza e sulla necessità del loro bilanciamento, sostiene, invece, che la libertà e la sicurezza «possano aumentare di pari passo», «che possono crescere congiuntamente».

⁵ I due autori sono comunque consapevoli che la tutela della sicurezza non può essere priva di limiti, prospettando l'esigenza che le misure adottate rispettino il principio di proporzionalità e siano soggette al controllo di parlamento e giudici.

⁶ È ben nota la distinzione posta da questo autore (Zagrebelsky 1992) tra i valori, presenti nella dimensione pregiudiziale, dal carattere assoluto, e i principi, che ne rappresentano la «giuridicizzazione» e che posseggono una dimensione elastica e duttile, necessaria in un assetto pluralistico.



affermazione può trasformarsi in *tirannia*, che nega la stessa dimensione pluralistica e democratica dello stato costituzionale.

Vi è un'altra configurazione possibile della sicurezza, che è emersa nel nostro tempo, quella di diritto del singolo (Cerrina Feroni e Morbidelli 2008, 33)⁷. Vi sarebbe, cioè, una dimensione *individuale* della sicurezza, come diritto soggettivo alla sicurezza, come pretesa dei cittadini, che affiancherebbe la più risalente natura collettiva della stessa, la sicurezza pubblica, la cui tutela è riservata alla o Stato (Pace 2014)⁸. Anche in questo caso, ci si trova, però, di fronte a un effetto prodotto dagli attentati terroristici, che hanno profondamente inciso sulla sicurezza collettiva, cambiandone la percezione e accrescendone il bisogno (Pace 2013, 204 ss).

In sostanza, come ritiene Alessandro Pace (2013, 204), è cambiata la «opinione della nostra sicurezza»⁹, che, in un contesto di minaccia grave e continuata, tende a far assumere a questa la forma di un diritto soggettivo, spingendoci a ritenere che la sua garanzia non possa più essere af-

⁷ Gli autori ritengono di poter guardare alla sicurezza, oltre che come «dovere di protezione da parte dello Stato», anche come «pertinenza degli individui» (Ivi, 32), facendo riferimento alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

⁸ Pace (2013, 203) definisce la sicurezza, che può essere solo pubblica, come «interesse diffuso», collegato all'«ordine pubblico» e affidato alle cure esclusive delle autorità pubbliche. Si veda anche Bonetti (2006, 56).

⁹ L'autore, in riferimento all'Italia, nota che già dagli anni '80 l'idea che la tutela della sicurezza fosse compito solo dello Stato, della polizia e della magistratura sia stata messa in discussione, determinando l'avvento di corpi di vigilanza privata o la diffusione di sistemi di allarme e controllo negli edifici privati.



fidata solo allo Stato, ma sia qualcosa di cui noi dobbiamo «direttamente preoccuparci» (Ivi, 204)¹⁰.

Se tutto questo, però, può non bastare per affermare l'esistenza di un diritto soggettivo alla sicurezza, è indubbio che possa apparire sufficiente a legittimare il coinvolgimento dei singoli come *soggetti attivi* nella garanzia della sicurezza. Ne è indice la *mansuetudine* con cui siamo disposti a sopportare i controlli, ad esempio negli aeroporti o per accedere agli uffici pubblici o a stadi o teatri¹¹, controlli che limitano i diritti della persona, ma che appagano, almeno in parte, il nostro profondo senso di insicurezza. Allo stesso modo può dirsi di forme di "mobilitazione civile", recentemente prospettate in Germania, come l'obbligo per i cittadini di fornire ospitalità o carburante ai militari in caso di emergenza¹², o dell'esigenza, evidenziata in Francia, che i cittadini si facciano attenti osservatori delle condotte altrui, laddove queste esprimano forme di radicalizzazione e di potenziale aggressività, denunciando i comportamenti sospetti¹³.

Quale che sia la configurazione che si voglia dare alla sicurezza, rimane un dato effettivo: il terrorismo ha cambiato in modo profondo e

¹⁰ L'autore è critico riguardo alla tesi all'esistenza di un diritto soggettivo alla sicurezza (Pace 2013, 178 ss.). la cui presenza non è in alcun modo ricavabile né dalla Costituzione italiana, né da più risalenti documenti costituzionali (181 ss.), né dalla più recente legislazione antiterrorismo adottata da alcuni stati europei (185 ss.). Semmai la sicurezza si configura come una «situazione psicologica dei singoli cittadini», che è prodotta dal fatto che la Costituzione «assicura loro la spettanza di dati beni» (190).

¹¹ Ancora Pace (2013, 205) parla di «servitù volontaria».

¹² Germania, via al piano antiterrorismo, in *Il Sole24ore*, 24 agosto 2016.

¹³ D. Moisi, *Valori condivisi per sconfiggere l'Isis*, in *Il Sole24ore*, 24 agosto 2016.



forse irreversibile il nostro rapporto con la sicurezza e il nostro modo di sentirci parte della comunità politica.

3. La minaccia terroristica ha dato luogo a una «guerra senza fine» (Rosenfeld 2008, 145) e all'avvento di quelli che, nell'esperienza recente degli Stati Uniti, sono stati definiti «times of stress» (Ivi, 139-140). In tale contesto, l'identità o l'unità della comunità politica mantengono la loro integrità¹⁴, ma sono seriamente destabilizzate e soggette a forti pressioni¹⁵. Ciò sollecita l'intervento dello Stato, che viene chiamato sempre più di frequente ad adottare misure volte a garantire la sicurezza, ma in modo diverso rispetto al passato, perché, come già ricordato, la minaccia terroristica possiede una morfologia differente dalla guerra tradizionale, presentandosi come continua e priva di una collocazione territoriale definita (De Vergottini 2004, 1186-1187). Ciò ha prodotto uno spostamento della preferenza dello Stato dagli strumenti di semplice contrasto, consolidati nel passato, agli strumenti di prevenzione, sganciati dal verificarsi di un attentato o di un attacco specifico (*Ibidem*)¹⁶. Questo processo sembra anche facilitato dalla connotazione internazionale del terrorismo,

¹⁴ Non vengono «disintegrate» (Ivi, 140).

¹⁵ Sempre secondo Rosenfeld (2008, 140), la minaccia per la sopravvivenza o per l'identità della comunità politica caratterizza i «times of crisis». I «times of stress» si collocano tra questi e gli «ordinary times», nei quali i conflitti interni alla comunità non ne minacciano l'unità e trovano soluzione nel «framework» costituzionale, istituzionale e politico esistente.

¹⁶ L'autore parla di «sicurezza tramite prevenzione»; così anche Benazzo (2008, 129), che ritiene necessario guardare alle «finalità preventive dell'antiterrorismo» per combattere il terrorismo, come fenomeno di «lunga durata».



dalla configurazione, cioè, dei terroristi come stranieri, estranei, “altri” da noi¹⁷, che giustifica sul piano giuridico, ma anche psicologico, misure di prevenzione, oltre che di repressione, fortemente riduttive dei diritti della persona (Bin 2006, 3-4; Pili 2008).

Ma porre la sicurezza al centro delle funzioni dello stato, come ci ricorda Erhard Denninger (2005, 54), è operazione alquanto rischiosa, poiché, specie in un contesto di terrorismo, il bisogno di sicurezza non può mai essere completamente soddisfatto e lo Stato può essere indotto ad adottare misure che comprimono in modo sempre più incisivo le libertà fondamentali¹⁸.

Un esempio può farsi riguardo alla tutela della riservatezza e alla protezione dei dati personali, per i quali si è assistito negli ordinamenti nazionali a una crescita di provvedimenti che introducono consistenti limitazioni (De Vergottini 2007), tra i quali può ricordarsi la recente proposta della U.S. Customs and Border Patrol, l'autorità americana incaricata della sicurezza dei confini, di inserire, nel foglio da compilare per chi entra nel territorio degli Stati Uniti (richiedendo il visto di permanenza temporaneo di 90 giorni, il Visa Waiver), la richiesta di informazioni relative al proprio profilo Facebook e Twitter, allo scopo di controllare la presenza e le attività on line dei singoli. L'obiettivo è di fornire elementi per rafforzare l'attività investigativa e di prevenzione da attacchi terroristici¹⁹. Lo stesso potrebbe dirsi, sul piano degli interventi giuri-

¹⁷ «Alieni», come dice Bin (2006, 3).

¹⁸ L'autore parla di «promessa che lo Stato non potrà mantenere a sufficienza».

¹⁹ M. Valsania, *Usa vicini a una stretta sui social*, in *Il Sole24ore*, 30 agosto 2016.



sprudenziali, per la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, n. 26889 dell'1/7/2016, che ha ritenuto utilizzabili come prova le intercettazioni acquisite mediante il c.d. *troian horse*, un virus autoinstallante, attivato su pc, smartphone, tablet, che è in grado di captare ogni forma di comunicazione (Whatsapp, Instagram, Skype, Telegram, Facebook, nonché sms e e-mail), e anche di videoregistrare il “bersaglio”, in caso di indagini per la repressione e la prevenzione dei reati di criminalità organizzata, ai quali si riconducono anche la mafia e il terrorismo²⁰.

Anche l'Unione Europea, rispondendo alle esigenze di sicurezza manifestate dagli Stati membri, è andata nella direzione di una normativa che ammette deroghe e compressioni del diritto alla riservatezza e della protezione dei dati personali. In tal senso già la Direttiva 2002/58/CE, all'art. 15 consente agli stati di introdurre deroghe alla protezione della riservatezza per motivi di sicurezza, abilitandoli ad adottare ogni «misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; della prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati» (art. 15.1). Allo stesso modo e per le stesse ragioni i dati personali così raccolti possono essere conservati per un periodo di tempo limitato. Successivamente,

²⁰ Cass., sez. un. pen., 28 aprile – 1° luglio 2016, n. 26889, Diritto n. 12, 23 ss., 28. Si tratta di un tipo di intercettazione definito «dinamico», perché l'attività di captazione sul supporto elettronico segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore, anche in quei luoghi, come la privata dimora, generalmente protetti e anche se non in relazione diretta allo svolgimento di attività criminosa.



dopo una lunga gestazione²¹, è stato approvato nel 2016 il c.d. pacchetto protezione dati, formato da un regolamento generale sulla protezione dei dati²² e dalla Direttiva sulla protezione dei dati nelle attività giudiziarie e di polizia²³.

Riguardo al Regolamento, significativa è la previsione dell'art. 1.2 d) che esclude l'applicazione dello stesso ai trattamenti di dati personali «effettuati da autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento dei reati o esecuzioni di sanzioni penali, inclusa la salvaguardia contro minacce alla *sicurezza pubblica* e la prevenzione delle stesse». Allo stesso modo, in riferimento ai c.d. dati sensibili e a quelli biometrici «intesi ad identificare in modo univoco una persona fisica», l'art. 9 dispone una deroga al generale divieto di trattamento, «per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Ue o degli Stati membri», prescrivendo, tuttavia, che il trattamento sia «proporzionato alla finalità perseguita», che rispetti «l'essenza del diritto alla protezione dei dati» e preveda «misure appropriate e specifiche per tute-

²¹ Si veda la Relazione del Garante per la protezione dei dati personali, *Protezione dei dati diritto di libertà*, Roma, 2016, p. 161 ss.

²² Regolamento (Ue) 2016/679 del Pe e del Consiglio del 27/4/2016, che entrerà in vigore nella primavera del 2018 e che abroga la precedente Direttiva 95/46/CE, *Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in GUUE, 4 maggio 2016.

²³ Direttiva (Ue) 2016/680 del Pe e del Consiglio del 27/4/2016, che entrerà in vigore nella primavera del 2018 e che abroga la precedente Decisione quadro 2008/977/GAI, del Consiglio, *Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione dei dati*, in GUUE, 4 maggio 2016.



lare i diritti fondamentali e gli interessi» del soggetto coinvolto (art. 9.2 g). In termini più generali, poi, l'art. 23.1 prevede la possibilità che il diritto dell'Ue o le legislazioni nazionali limitino i diritti e gli obblighi previsti dal Regolamento²⁴, nel caso in cui occorra salvaguardare, nel rispetto della «essenza dei diritti e delle libertà fondamentali» e con misure «necessari(e) e proporzionat(e) in una società democratica», la *sicurezza nazionale*, la difesa, la sicurezza pubblica, la prevenzione, l'accertamento e il perseguimento dei reati o l'esecuzione di sanzioni penali, *inclusa la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica*²⁵.

La Direttiva, sulla stessa linea, disciplina la protezione delle persone fisiche in riferimento al trattamento dei dati personali, eseguito dalle autorità giudiziarie e di polizia, per fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, includendo anche l'esigenza di «salvaguardia e (la) prevenzione di minacce

²⁴ La disposizione fa riferimento agli articoli dal 12 al 22, all'art. 34 e all'art. 5.

²⁵ Art. 23.1 a, b, c, d. Il trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali è consentito dall'art. 45 del Regolamento senza specifica autorizzazione, solo nel caso in cui la Commissione abbia deciso che i destinatari del trasferimento «garantiscono un livello di protezione adeguato» (art. 45.1). L'adeguatezza del livello di protezione viene stabilita tenendo conto, tra gli altri, dello «stato di diritto», del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, e della relativa legislazione generale e settoriale, relativa anche alla sicurezza pubblica, alla difesa, alla sicurezza nazionale (art. 45.2 a). Nel caso in cui il trasferimento o la comunicazione di dati siano disposti da sentenze di un'autorità giudiziaria o da provvedimenti di un'autorità amministrativa, sarà possibile procedervi solo se vi sia un accordo vigente tra il paese terzo richiedente e l'Ue o un suo stato membro (art. 48).



alla *sicurezza pubblica*» (art. 1.1) e lasciando comunque agli Stati la facoltà di prevedere «garanzie più elevate di quelle in essa stabilite» (art. 1.3)²⁶.

²⁶ Diversamente dal Regolamento, riguardo ai dati c.d. sensibili, tra cui quelli biometrici, la Direttiva stabilisce che lo stesso sia possibile solo se strettamente necessario e con garanzie adeguate dei diritti e delle libertà del singolo, ma non per motivi legati alla tutela dell'interesse pubblico o della sicurezza pubblica. In base all'art. 10.1, il trattamento è possibile: solo se autorizzato dall'Unione o da uno stato membro (a), per salvaguardare un interesse vitale del soggetto coinvolto o di altra persona fisica (b), se i dati sono stati resi pubblici in modo manifesto dall'interessato (c). Tuttavia il diritto del soggetto interessato ad ottenere la rettifica, cancellazione o limitazione del trattamento può essere ridotto dagli stati membri, con misure legislative «necessari(e) e proporzionat(e) in una società democratica» e tenendo conto «dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi» del soggetto, nel caso si debba tutelare, tra gli altri, la sicurezza pubblica e la sicurezza nazionale (art. 16.3 c e d). Anche la Direttiva, riguardo al trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali, pone una serie di condizioni (art. 35.1), fra le quali la decisione di adeguatezza della Commissione (art. 35.1 ed art. 36), che consente di procedere al trasferimento senza autorizzazione specifica. Tuttavia, gli Stati membri possono disporre che il trasferimento avvenga senza autorizzazione preventiva dello stato dal quale provengono i dati «per prevenire una minaccia grave e immediata alla sicurezza pubblica di uno stato membro o di un paese terzo o agli interessi vitali di uno stato membro» (art. 35.2). A ciò si aggiunge la possibilità di introdurre deroghe alla normale procedura, che siano motivate, tra l'altro, dell'esigenza di «prevenire una minaccia grave e immediata alla sicurezza pubblica di uno stato membro o di un paese terzo» (art. 38.1 c). Sotto il profilo del trasferimento dei dati, di rilievo è la nota sentenza CGUE del 6 ottobre 2015 (causa C-362/14, c.d. caso Schrems), nella quale il giudice europeo ha dichiarato invalida la decisione della Commissione che stabilisce il carattere di paese sicuro degli Stati Uniti, in riferimento all'accesso al contenuto di comunicazioni elettroniche. Tale decisione, infatti, lungi dal fondarsi su un esame adeguato della legislazione statunitense e degli impegni assunti a livello internazionale, si limitava a valutare il regime del c.d. *safe harbour*, cioè il sistema per il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti, che però è applicabile solo alle imprese che espressamente lo sottoscrivono e non alle autorità pubbliche. Ciò per la Corte consentiva a queste ultime un accesso generalizzato e non limitato al contenuto di comunicazioni elettroniche, con lesione del diritto



Gli esempi citati sono espressione della tendenza degli Stati a introdurre deroghe al diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, ma egualmente potrebbe dirsi di altre libertà fondamentali, e rappresentano l'espressione del profondo senso d'insicurezza che pervade le società contemporanee. Un senso d'insicurezza che ha condotto a metabolizzare rapidamente l'idea che sia *normale*, quasi *naturale* limitare i diritti, quando è in gioco l'esigenza di garantire la sicurezza dello stato.

4. Nel nuovo scenario disegnato dalla minaccia terroristica, la reazione degli stati può iscriversi in contesti costituzionali che prevedono una disciplina specifica degli stati di emergenza, come l'ordinamento francese con l'art. 16 della Costituzione del 1958 (poteri eccezionali)²⁷, e conte-

to fondamentale al rispetto della via privata. Nella stessa direzione, nel settembre 2016, infine, il potenziale contrasto tra le legittima esigenza di mantenere l'ordine pubblico e l'altrettanto legittimo diritto dei singoli di ricevere un'elevata protezione della propria vita privata e dei propri dati personali ha indotto l'Avvocato generale della CGUE, P. Mengozzi, a escludere la compatibilità con il diritto dell'UE dell'intesa euro-canadese sulla condivisione dei dati dei passeggeri nei voli tra l'UE e il Canada. Ciò perché il testo attuale dell'accordo (in fase di approvazione da parte del PE, che ha richiesto la posizione della CGUE) non rispetta i diritti fondamentali dell'UE, introducendo deroghe che eccedono l'obiettivo di prevenire e individuare i crimini internazionali, si veda CGUE, Comunicato stampa n. 89 dell'8 settembre 2016.

²⁷ Art. 16 (Poteri eccezionali): «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale.

Egli ne informa la nazione con un messaggio.



Tali misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio costituzionale è consultato al riguardo.

Il Parlamento si riunisce di pieno diritto.

L'Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali.

Passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano ancora. Il Consiglio si pronuncia nel più breve tempo possibile tramite un parere pubblico. Procede di pieno diritto a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali e in ogni altro momento oltre tale durata».

In seguito ai recenti attentati terroristici del 2015, il Consiglio dei ministri, convocato in via straordinaria dal presidente Hollande, ha dapprima dichiarato con decreto (1475-2015 del 13 novembre 2015) lo stato d'urgenza; successivamente lo stesso presidente ha promulgato la legge 2015-1501, che l'ha prorogato di tre mesi, apportando al contempo modifiche alla legge 1955-385, che disciplina lo «stato d'urgenza». Tuttavia sono state sollevate numerose perplessità riguardo alla possibilità di fare uso dell'art. 16 per fronteggiare l'emergenza causata dagli attacchi terroristici, perché nella situazione concreta si è ritenuto che mancasse il secondo requisito indicato nel primo comma, cioè l'interruzione del regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali, così come non si è ritenuto di potere ricorrere all'art. 36, che disciplina lo stato d'assedio, (art. 36: «Lo stato d'assedio è decretato dal Consiglio dei ministri. Non può essere prorogato oltre dodici giorni senza autorizzazione del Parlamento») (Casella 2015, 12 ss., 14).

Da qui la presentazione di un progetto di revisione della Costituzione del 1958, nel dicembre 2015, volto a prevedere la costituzionalizzazione dello stato d'urgenza, introducendo l'art. 36-1 : «Lo stato di urgenza è decretato in consiglio dei ministri sia in caso di pericolo imminente risultante da gravi aggressioni all'ordine pubblico, sia in caso di avvenimenti che, per la loro natura e gravità, presentino il carattere di una calamità pubblica. La legge stabilisce le misure di polizia amministrativa che le autorità civili possono adottare, sotto il controllo del giudice amministrativo, per prevenire questo pericolo o fronteggiare questi avvenimenti. 2) La proroga dello stato d'urgenza oltre i dodici giorni non può essere disposta che dalla legge. Questa ne stabilisce la durata. 3) Quando il peri-



sti che, diversamente, nulla dispongono, come accade nell'ordinamento italiano (De Vergottini 2004, 1187 ss.)²⁸. Nel primo caso, il testo costituzionale definisce anticipatamente e astrattamente la situazione di emergenza e il regime di deroga che ne consegue riguardo all'organizzazione costituzionale, alla distribuzione delle competenze, alla tutela dei diritti. Ma si tratta di una definizione necessariamente parziale e generale, perché l'emergenza è per sua natura imprevedibile e perché la costituzione disegna un assetto stabile e ordinario, compatibile con la normalità del funzionamento del sistema costituzionale. Si parla qui di un processo di «normalizzazione dell'emergenza» (De Vergottini 2004, 1188), che cerca di tracciare i percorsi e i limiti entro cui contenerla. Tuttavia, anche in

colo o gli avvenimenti che hanno condotto a decretare lo stato d'urgenza sono cessati ma persiste un rischio di atti di terrorismo, le autorità civili possono mantenere in vigore le misure adottate ai sensi del primo comma per una durata massima di sei mesi. La legge può permettere alle autorità civili, durante la stessa durata, di adottare misure generali per prevenire questo rischio»; sul punto v. ancora Casella (2015, 15, n. 37).

²⁸ È noto come in Assemblea costituente si volle escludere l'introduzione in costituzione di una disposizione che prevedesse la sospensione delle garanzie costituzionali in situazioni di emergenza, con la conseguente attribuzione al governo di poteri speciali, sul modello della Costituzione di Weimar (Cataldi 2001, 440), e ciò in esito all'esperienza delle dittature nazista e fascista. La Costituzione italiana preferì affidare la gestione dell'emergenza causata dalla sola guerra alla competenza del potere legislativo, con la previsione della delibera parlamentare dello stato di guerra, del potere esecutivo, con l'attribuzione al governo dei poteri necessari, sempre ad opera del Parlamento (art. 78) e del Capo dello Stato, incaricato della dichiarazione dello stato di guerra, successiva alla deliberazione delle Camere (art. 87.9). Evidente era la volontà dei Costituenti di porre al centro la determinazione dell'organo rappresentativo del popolo, il cui intervento precedeva ogni altro, e l'intento di evitare concentrazioni di potere pericolose, affidando ai tre organi costituzionali insieme l'esercizio dei compiti necessari, con l'obiettivo di controllarsi e contrapporsi a reciprocamente.



questa ipotesi può porsi il bisogno di misure “straordinarie”, non riconducibili alle indicazioni formali del testo costituzionale.

Nel secondo caso diversamente, cioè in carenza di disposizioni specifiche in costituzione per gli stati di emergenza²⁹, gli ordinamenti adottano misure “eccezionali” e straordinarie, in sintonia con l’imprevedibilità delle situazioni che li producono e che devono essere specifiche ed appropriate alle stesse, a salvaguardia del sistema costituzionale nel suo insieme.

Ne discende che in entrambe le situazioni gli stati potranno trovarsi di fronte all’esigenza di interventi eccezionali e che in entrambi i casi debbano definirsi i limiti e le condizioni degli stessi (Ivi, 1189)³⁰. L’instaurazione di un regime «emergenziale» produce una «deroga alla normalità» (1192), che si sostanzia nella «sospensione» dell’efficacia delle disposizioni costituzionali incompatibili con lo stato di emergenza, sospensione destinata a cessare quando ne verranno meno i presupposti (1192-1193).

Se astrattamente risultano qui chiari i confini della normalità e della sua eccezione e risulta chiaro il carattere necessariamente temporaneo di ogni incisione sui diritti fondamentali, tuttavia, in concreto, si assiste ad un avvicinamento tra normalità ed eccezione, che ne scolorisce i conte-

²⁹ Perché le costituzioni non hanno saputo o voluto prevedere nulla (De Vergottini 2004, 1188).

³⁰ L’A. nota una generale contrarietà degli stati costituzionali ad introdurre in costituzione disposizioni formali relative agli stati di emergenza, tanto nel caso di costituzioni che prevedano qualcosa, quanto nel caso di costituzioni che manchino di previsioni specifiche (1190). Si preferisce procedere ad una dichiarazione dello stato di emergenza/eccezione, dal quale derivano misure specifiche, che vengono notificate ai soggetti che possono essere incisi dal nuovo regime (1189).



nuti e che rende meno visibile la *cesura* tra lo stato ordinario e quello di emergenza. Ciò può ricondursi in primo luogo alla tendenza diffusa degli stati a fare ricorso a strumenti ordinari, come la legge o il decreto legge, per affrontare la minaccia terroristica (De Vergottini 2004, 1186; Benazzo 2008, 129), tendenza che sul piano sostanziale, ma anche psicologico, conduce ad una “normalizzazione” del pericolo, che diviene permanente e continuo e che richiede analoghi interventi per un’azione efficace. Risulta così legittimata l’introduzione di misure fortemente limitative dei diritti con effetto prolungato nel tempo, se non a tempo indeterminato (De Vergottini 2004, 1207)³¹.

5. La ricerca di una adeguata strategia di difesa dal terrorismo da, dunque, forma a misure di repressione, ma più di frequente di prevenzione, con interventi fortemente limitativi dei diritti fondamentali, di carattere prolungato o permanente, adottate facendo ricorso alle fonti ordinarie di produzione del diritto³².

Ma come può l’ordinamento costituzionale difendersi dagli eventuali abusi perpetrati dallo stato nella scelta degli strumenti o nella definizione delle deroghe ai diritti fondamentali?

³¹ Così anche Bin (2006, 7), in riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 15 febbraio 2006, che ha dichiarato incostituzionale la legge dell’11 gennaio 2005, in quanto autorizzava l’abbattimento di un aereo civile nell’ipotesi di dirottamento da parte dei terroristi, intenzionati a farlo precipitare su siti civili o militari.

³² Si veda la posizione di Barak (220, 3391), che evidenzia il carattere, per così dire, “ultrattivo” delle misure adottate in presenza della minaccia terroristica.



5.1. Viene qui in luce una prima considerazione.

Far assumere ai provvedimenti di emergenza la forma di atti ordinari, come la legge o il decreto legge o altri simili atti di urgenza previsti in costituzione, ha il vantaggio di mantenere la dimensione dell'eccezione all'interno del perimetro costituzionale. In altri termini, queste fonti sono "dentro la Costituzione" e devono muoversi nel rispetto dei limiti che essa pone. In questa prospettiva, non è allora possibile fare uso di tutti gli strumenti di lotta al terrorismo, ma solo di quelli che sono compatibili con il sistema costituzionale, anche se risultino meno efficaci dei primi (Barak 2002, 3390 ss.)³³. I limiti che il sistema costituzionale pone si sostanziano nelle procedure previste per l'adozione degli atti normativi e nell'individuazione degli organi coinvolti in questa adozione, non solo l'esecutivo, in grado di assumere decisioni più rapide, ma anche il parlamento, organo rappresentativo del popolo, che ne controlla ed avalla l'operato. Soprattutto, però, questi limiti si radicano nel ruolo che la costituzione affida ai giudici, specie alle corti costituzionali, chiamati, come ricorda Aharon Barak, a proteggere la democrazia «sia dal terrorismo, sia dai mezzi che lo stato intende utilizzare per combattere il terrorismo» (2002, 3390).

Si tratta qui di trovare il giusto equilibrio tra la garanzia della sicurezza dello stato, messa sotto attacco dal terrorismo, e la garanzia dei di-

³³ L'autore rileva l'esistenza di una tensione, di un conflitto all'interno di una democrazia tra «il governo del popolo attraverso i suoi rappresentanti», che spinge per la scelta di ogni strumento possibile, anche con sacrificio dei diritti umani, e i diritti umani stessi, che richiedono di essere protetti anche in chi sia terrorista, pur se ciò può «indebolire la lotta al terrorismo» (3390).



ritti fondamentali: a nessuna delle due esigenze può essere però data priorità assoluta, perché ciò comporterebbe il sacrificio dell'una o quello degli altri³⁴. Il rischio è che, per proteggersi, un sistema democratico giunga a mettere in discussione quegli stessi principi su cui si fonda. È questa la vera, letale minaccia del terrorismo: indurre gli stati ad oltrepassare i limiti costituzionali che in tempi ordinari sarebbero “invalicabili”, negando così la sua stessa esistenza (Bin 2006, 6-8; Barak 2002, 3392-3393)³⁵.

E così, se al governo e al parlamento, nei diversi sistemi, compete la scelta e la misura degli interventi per fronteggiare la minaccia terroristica, alle corti spetta di controllare che le loro azioni siano conformi ai principi della costituzione. I percorsi di questo controllo come è noto, seguono la via della proporzionalità, perché le decisioni prese a tutela della sicurezza siano adeguate e proporzionate allo scopo da raggiungere e siano quelle che meno incidono sui diritti fondamentali; e seguono la via del bilanciamento, perché la garanzia della sicurezza incontri il limite della tutela dei diritti, che sono sì comprimibili, ma mai integralmente sacrificabili.

Nelle esperienze più recenti sono state proprio le corti a ridurre l'impatto che i provvedimenti legislativi di lotta al terrorismo avrebbero potuto produrre sui diritti fondamentali (Bin 2006, 9 ss.). Nel loro operare esse riportano la legislazione antiterroristica, e lo stato di emergenza

³⁴ E ciò vale ad escludere che alla sicurezza possa riconoscersi la natura di calore, come si diceva nelle pagine precedenti (Barak 2002, 3392-3393).

³⁵ Si vedano anche le considerazioni di Francis Fukuyama, in A. Guerrera, *Fukuyama: «Terrore e sfiducia, così muore la democrazia»*, in *la Repubblica*, 29 luglio 2016.



che essa produce, *all'interno* del sistema costituzionale, rendendola così controllabile e censurabile. E, se non sono le corti a stabilire quali interventi predisporre, funzione affidata, come detto, al parlamento e al governo (Barak 2002, 3394)³⁶, sono tuttavia esse a decidere della loro compatibilità con la costituzione, beneficiando di una posizione esterna al contesto politico e di un tempo ritardato per il loro giudizio, generalmente successivo rispetto alla scelte degli organi politici e agli effetti da queste prodotti (*Ibidem*)³⁷.

Si può qui ricordare la nota decisione assunta dai Law Lords il 16 dicembre 2004, che hanno ritenuto contraria ai diritti umani, e all'obbligo di rispettare la Cedu, la disposizione della legislazione antiterroristica

³⁶ L'autore ricorda come alle corti non spetti risolvere il problema del terrorismo, ma garantire che l'azione del governo contro il terrorismo si mantenga nei confini della costituzione.

³⁷ Si veda anche Bin (2006, 10-11), che evidenzia come i giudici intervengono «quando gli eventi, o quanto meno la loro anticipazione, si sono già verificati, forse esauriti», diversamente dal legislatore e dal potere esecutivo che agiscono, anticipando gli eventi, in condizioni di incertezza». L'autore prende ad esempio il caso italiano della legislazione antiterroristica, ricordando la sentenza della Corte costituzionale n. 15/1982, nella quale viene riconosciuto il potere e il diritto, ma anche il dovere, di governo e parlamento di adottare adeguate misure di emergenza, pur restando l'emergenza una condizione «essenzialmente temporanea», che legittima «misure limitate nel tempo»: Corte cost., 14 gennaio – 1° febbraio 1982, n. 15, Cons. dir. 5-7. Nell'ordinamento italiano le misure di lotta al terrorismo internazionale sono contenute nel d.l. n. 144 del 27 luglio 2005, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, convertito nella l. n. 155 del 31 luglio 2005. L'art. 15 del provvedimento, dopo l'art. 270-bis del c.p., già modificato dalla l. n. 438/2001, che ha introdotto il reato di terrorismo internazionale, prevede ulteriori, nuove figure di reato: arruolamento con finalità di terrorismo internazionale (art. 270-quater), addestramento ad attività di terrorismo anche internazionale (art. 270-quinquies), condotte con finalità di terrorismo (art. 270-sexies).



britannica³⁸, che attribuiva al Ministro dell'interno il potere di disporre la carcerazione in modo indefinito e senza un processo (in presenza di impedimenti legali per il provvedimento di espulsione) per stranieri sospettati di connivenza con organizzazioni terroristiche. In particolare, i giudici hanno escluso che le condotte dei gruppi terroristici, per quanto degne di allarme, siano in grado di costituire una minaccia per la vita della Nazione e possano giustificare una compressione così consistente dei diritti fondamentali, per di più operata solo nei confronti di stranieri e quindi «irrazionale e discriminatoria» (Bin 2006, 5-6)³⁹. Significativa è la posizione di Lord Hoffmann, che ammonisce su quale sia la reale minaccia per la vita e la sicurezza della nazione: non il terrorismo, ma le leggi antiterrorismo che violano i principi e i diritti su cui l'identità della nazione si fonda⁴⁰.

Sulla stessa linea si pone l'altrettanto nota sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 15 febbraio 2006, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge sulla sicurezza aerea dell'11 gennaio 2005, che autorizzava l'abbattimento, da parte dell'aviazione militare, di un aereo civile nel caso di dirottamento da parte di terroristi intenzionati a farlo precipitare sul territorio dello stato, con il potenziale sacrificio della vita di cittadini innocenti. Anche in questo caso, si è in presenza di una misura introdotta per fronteggiare la minaccia terroristica e per garantire la sicurezza della collettività. Nelle argomentazioni del Tribunale, la disposizione legislativa

³⁸ C.d. Section 23 dell'Antiterrorism Crime and Security Act del 2001.

³⁹ A commento della sentenza si veda C. Bassu (2005 e 2008).

⁴⁰ Si veda il passo della decisione, riportato da Bin (2006, 6).



censurata si pone in contrasto con il diritto alla vita dei passeggeri e dell'equipaggio dell'aereo dirottato, le cui esistenze diventerebbero oggetto della volontà tanto dei terroristi, quanto dello stato, e che verrebbero così privati del fondamentale diritto di decidere sulle stesse (Bin 2006, 6-7; Arnold 2008)⁴¹. Peraltro la scelta di sacrificare la loro vita non verrebbe assunta in presenza di un pericolo certo, ma solo in previsione di un pericolo, in una fase in cui, pertanto, sussistono numerosi elementi di incertezza circa l'effettiva realtà dei fatti⁴².

Ci si troverebbe ancora di fronte, dunque, a leggi che, in nome della sicurezza dello stato, sacrificano i principi che stanno alla base di un ordinamento democratico.

In tempi più recenti, un'altra corte è intervenuta a tutela dei diritti fondamentali, nell'attuale delicato contesto francese. Si fa riferimento alla decisione assunta dal Consiglio di Stato il 26 agosto 2016⁴³, con cui è stata sospesa l'esecuzione del provvedimento del sindaco del comune di Villeneuve-Loubet, che vietava l'uso del c.d. burkini nelle spiagge pubbliche, in quanto non rispettoso del principio di laicità dello stato e delle

⁴¹ A commento della sentenza v. De Petris (2006, 3-4).

⁴² De Petris (2006, 4). Bin (2006, 7) fa notare come la legge tedesca oggetto del giudizio del Tribunale rappresenti un grosso rischio per un sistema democratico, perché «Introdurre per legge ipotesi normative che regolano stati di emergenza ipotetici (...) non è soltanto un eccesso di previdenza»: l'anticipazione di eventi «per autorizzare decisioni estreme, non serve a prevenire l'evento», ma «a normalizzarlo», scaricando la decisione sulla collettività e «deresponsabilizzando» chi, invece, dovrebbe decidere.

⁴³ Conseil d'Etat, ordinanza 26/8/2016, n. 402742-402777.



regole di igiene e di sicurezza dei bagnanti (cons. 2)⁴⁴. Secondo i giudici amministrativi, l'esigenza di assicurare l'ordine pubblico attribuisce al sindaco il potere di adottare gli atti necessari, ma nel rispetto delle libertà garantite dalla legge (cons. 5), e richiede che le misure introdotte siano adatte, necessarie e proporzionate, in relazione alle particolari situazioni di tempo e di luogo (cons. 5). Tuttavia, nel caso esaminato, l'abbigliamento tenuto da alcuni bagnanti non minacciava in alcun modo l'ordine pubblico e la sua inibizione appare fondata, diversamente, sulla "emozione e le inquietudini" suscitate dagli attentati terroristici, di per sé non sufficienti a giustificarla (Cons. 6). Il divieto del burkini, in sostanza, per il Consiglio di Stato, costituisce un "attentato grave e manifestamente illegale alle libertà fondamentali", come la libertà di movimento, la libertà di coscienza e la libertà personale⁴⁵. Ancora una volta, dunque, viene in gioco la protezione della sicurezza, qui non compromessa né minacciata realmente, ed emerge quanto facile possa essere imporre restrizioni eccessive alle libertà fondamentali, in nome della paura e del senso di insicurezza, finendo così con il negare la sostanza di un ordinamento democratico (Bin 2006, 7-8).

Nei tre esempi citati, ai quali altri possono aggiungersi, i giudici hanno provato a contenere il pericoloso impatto che la legislazione antiterroristica poteva avere sul sistema costituzionale, difendendone i confini

⁴⁴ L'ordinanza ha anche annullato quella del tribunale amministrativo di Nizza che respingeva il ricorso presentato contro il provvedimento del sindaco.

⁴⁵ Il che per il Consiglio di Stato giustifica l'adozione di un'ordinanza d'urgenza (Cons. 6). Si veda a commento M. Castellaneta, *Burkini, divieto bocciato perché non c'è alcun rischio effettivo per l'ordine pubblico*, in *il Sole24ore*, 26 agosto 2016.



e proteggendone i caratteri, proprio come accade per la rete elastica di cui parla Roberto Bin (2006, 10), che viene deformata, ma non sfondata da un sasso lanciato contro di essa⁴⁶.

5.2. Accanto ai limiti posti dalla costituzione e al controllo svolto dai giudici nazionali sulla legislazione antiterroristica, può esservi un ulteriore strumento di difesa dei diritti e delle libertà di fronte alla minaccia del terrorismo, rappresentato dalle Convenzioni internazionali e dal controllo delle Corti internazionali.

Si tratta delle previsioni contenute in documenti internazionali, che possono incidere sui modi e sui contenuti delle scelte degli stati in situazioni di emergenza⁴⁷. Il riferimento è qui all'art. 15 Cedu (Cataldi 2001, 427; Cataldi 2006, 752 ss; Zagato 2006). Come è noto, questa disposizione, al pari di altre come l'art. 4 del Patto internazionale sui Diritti civili e politici del 1966⁴⁸ e come l'art. 27 della Convenzione americana dei diritti

⁴⁶ L'autore configura le leggi emergenziali come 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».

⁴⁷ Cataldi (2001, 440) ritiene che nel caso in cui le costituzioni nulla prevedano riguardo alla sospensione dei diritti fondamentali in situazioni di emergenza, l'art. 15 Cedu rappresenti un essenziale strumento per limitare i poteri dello stato di adottare misure straordinarie, poteri che, diversamente, si fonderebbero solo sullo stato di necessità, risultando, in sostanza, privi di limiti.

⁴⁸ Art. 4 - 1. In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale.



umani del 1969⁴⁹, è stata configurata come la via per procedimentalizzare la definizione e la gestione dello stato di emergenza interno, legittimando la possibilità per gli stati che aderiscono alla Cedu di sospendere l'applicazione di alcuni diritti umani previsti dalla Convenzione.

In particolare, in caso di guerra o di «altro pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione» gli stati possono adottare misure in deroga alla Cedu, ma solo «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda»

2. La suddetta disposizione non autorizza alcuna deroga agli articoli 6,7,8 (paragrafi 1 e 2), 11, 15, 16 e 18.

3. Ogni stato parte del presente Patto che si avvalga del diritto di deroga deve informare immediatamente, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite agli altri Stati parti del presente Patto sia delle disposizioni alle quali ha derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga. Una nuova comunicazione deve essere fatta, per lo stesso tramite, alla in cui la deroga medesima viene fatta cessare.

⁴⁹ Articolo 27. Deroghe: 1. In tempo di guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che minaccia l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte, lo Stato può adottare misure in deroga agli obblighi assunti in forza della presente Convenzione nell'estensione e per il periodo di tempo strettamente richiesti dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con i suoi ulteriori obblighi secondo il diritto internazionale e non comportino discriminazioni sulla base di razza, colore, sesso, lingua, religione o origine sociale.

2. La norma precedente non autorizza alcuna deroga rispetto ai seguenti articoli: 3 (diritto alla personalità giuridica); 4 (diritto alla vita); 5 (Diritto ad un trattamento umano); 6 (libertà dalla schiavitù); 9 (irretroattività della legge penale); 12 (libertà di coscienza e religione); 17 (diritti della famiglia); 18 (diritto al nome); 19 (diritti del bambino); 20 (diritto alla nazionalità); 23 (diritti di partecipazione politica); o delle garanzie giudiziarie essenziali per la protezione di tali diritti.

3. Ogni Stato Parte che si avvale del diritto di deroga deve immediatamente informare gli altri Stati Parti attraverso il Segretario Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani di quali disposizioni ha disposto la sospensione, nonché le ragioni che hanno motivato la deroga e la data in cui essa dovrà cessare.



e a condizione che le misure adottate non contrastino con altri obblighi di diritto internazionale (art. 15.1 Cedu). Il testo condensa in poche parole tutte le condizioni per il ricorso alla clausola di eccezione: stato di guerra, come conflitto internazionale dichiarato o meno (anche se negato da una delle parti) (Cataldi 2001, 428-429; Zagato 2006, 140), o stato di guerra civile, ovvero sussistenza di «altro pericolo pubblico», che deve però essere tale da minacciare la vita della nazione. Viene qui in luce la natura necessariamente grave ed eccezionale del pericolo, ma anche il suo carattere imminente e concreto, se non già attuale⁵⁰, nonché la sua estensione all'intera popolazione dello stato⁵¹. In questo contesto, nel quale risultano insufficienti le forme di *compressione* dei diritti consentite da alcuni articoli della Cedu ad esempio dall'art. 8 e dall'art. 11, possono adottarsi misure di *sospensione*, che, configurandosi come una *extrema ratio*, devono avere il requisito della temporaneità (Cataldi 2001, 431).

L'art. 15, poi, con l'espressione «nella stretta misura in cui la situazione lo richiede» traccia i confini della deroga: i provvedimenti dello stato devono essere proporzionati alla gravità della situazione⁵², e perciò assolutamente necessari e non sostituibili con altri di minor impatto, e, di nuovo, devono avere carattere provvisorio e temporaneo, così come

⁵⁰ Escludendosi così una deroga preventiva (Cataldi 2001, 430; Zagato 2006, 141).

⁵¹ Con la conseguenza che se la minaccia riguardi solo una parte del territorio, la deroga opererà limitatamente a questa: così Zagato (2006, 141) e Cataldi (2001, 430). L'autore evidenzia come non rilevi quale sia l'origine del pericolo pubblico.

⁵² Il che impone allo stato di provare tanto l'adeguatezza delle misure alla gravità della situazione, quanto la necessità di ricorrere a quelle misure per la tutela della vita della nazione (Cataldi 2001, 434).



provvisoria e temporanea è l'eccezione da fronteggiare (Zagato 2006, 141)⁵³. Tali provvedimenti, inoltre, devono rispettare gli obblighi e, dunque, i limiti posti da altri strumenti di diritto internazionale, rappresentando in tal modo l'art. 15 uno standard minimo di protezione dei diritti, ben superabile da altri documenti che prevedano un più elevato livello di tutela (Cataldi 2001, 434-435; Zagato 2006, 141). Il testo del primo comma dell'art. 15 opportunamente affida agli stati le valutazioni relative alla sussistenza del pericolo pubblico, alla dimensione della sua gravità, alla natura e ai contenuti degli atti da adottare, e ciò poiché sono gli stati gli unici in grado di apprezzare la situazione concreta e sono essi a dover garantire, prima di ogni altro, la sicurezza. Si afferma anche qui, in sostanza, l'applicazione del margine di apprezzamento, che si lega al carattere necessariamente indeterminato della nozione di emergenza o di necessità, ma che non si traduce in un potere illimitato per lo stato, soggetto comunque al controllo a posteriori della Corte Edu (Zagato 2006, 148 ss.)⁵⁴. La deroga cui gli Stati possono fare ricorso (art. 15.2) esclude alcuni diritti fondamentali, individuati nel diritto alla vita (art. 2

⁵³ Cataldi (2001, 434) fa notare come, laddove le misure adottate fossero reiterate, ciò me rivelerebbe l'inefficacia e, quindi, la non necessità, imponendone l'eliminazione o la modifica.

⁵⁴ V. anche Cataldi (2001, 431 ss.) che evidenzia come, laddove non vi sia alcuna incertezza sulla situazione in atto, gli stati non dispongono di alcuna discrezionalità (433). L'autore fa pure notare come la «morbidezza» del ricorso al margine di apprezzamento sia comunque compensata dal fatto che lo stato debba provare la sussistenza di tutte le condizioni dell'art. 15 per accedere alla deroga (433). Sul punto v. anche Guidi (2008, 109 ss.), che ritiene che la Corte Edu, nell'accertare il rispetto dei limiti posti all'art. 15, si sia spesso limitata a verificare la mera osservanza delle regole procedurali (121).



Cedu, esclusi i casi di decesso dovuti a legittimi atti di guerra), nel divieto di tortura (art. 3 Cedu), nel divieto di schiavitù e di servitù (art. 4.1 Cedu), nel divieto di retroattività della legge penale (art. 7 Cedu), nel divieto assoluto di ricorrere alla pena di morte (art. 3, Prot. n. 6), nel diritto di non essere giudicato o punito due volte (art. 4.3 Prot. n. 7), cui si aggiunge il divieto di discriminazione (art. 14 Cedu), un elenco non certo completo, ma che si ritiene possa essere esteso a tutti i diritti che costituiscono il nocciolo duro della Cedu (Cataldi 2001, 457). Infine, gli Stati, per avvalersi della deroga dell'art. 15, sono tenuti ad informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, «nel modo più completo» delle misure prese e dei «motivi che le hanno determinate», nonché della data di cessazione della loro vigenza e del momento in cui la Cedu riprenderà la sua piena applicazione nel territorio statale (art. 15.3). È compito della Corte EDU, infine, in presenza di ricorsi promossi da individui che si ritengano lesi dalle misure di sospensione adottate dagli Stati, verificare la conformità di tali misure al dettato dell'art. 15 ed eventualmente accertare la responsabilità internazionale degli Stati per la violazione della Convenzione (Zagato 2006, 145; Cataldi 2001, 437-439).

L'impianto di questa disposizione, che si è brevemente descritto, può ritenersi applicabile allo stato di emergenza causato in tempi più recenti dalla minaccia del terrorismo (De Vergottini 2004, 1198). Anzi, tale estensione, come ricordato in precedenza, può rappresentare la via per imbrigliare il potere dello stato di derogare alla tutela dei diritti fondamentali in nome dello "stato di necessità", in questo caso in quanto vincolato dal rispetto degli obblighi internazionali assunti (Ivi, 426).

Nondimeno, non può trascurarsi il fatto che la clausola di eccezione dell'art. 15 non sembra aver dato buona prova di sé sul piano



dell'efficacia. Intanto, per lo scarso uso che se ne è fatto in relazione alla lotta al terrorismo internazionale: vi ha fatto ricorso solo il Regno Unito nel 2001 e più recentemente la Francia nel 2015⁵⁵; e in secondo luogo, per

⁵⁵ La notifica al Segretario Generale del Consiglio d'Europa da parte del governo francese di derogare alla Cedu e ricorrere alla clausola dell'art. 15, è avvenuta il 24 novembre 2015 ed è stata preceduta dagli attentati del 13 novembre 2015 e dalla successiva dichiarazione dello stato d'urgenza, sulla base della legge 1955-385, che disciplina lo stato d'urgenza, conferendo ampi poteri all'esecutivo e alle autorità amministrative, il 14 novembre 2015 (Sommario 2016). Lo stato di urgenza è stato poi confermato il 20 novembre 2015, con la legge n. 2015-1501 e prorogato per tre mesi, prorogato ancora il 26 febbraio 2016 per altri tre mesi e ancora il 20 luglio 2016 per altri sei mesi con possibile chiusura nel gennaio 2017. Il succedersi dei provvedimenti di proroga mostra come l'emergenza causata dal terrorismo dia luogo ad una situazione di eccezione prolungata, che tende a divenire permanente e che mal si concilia con lo spirito dell'art. 15. Va segnalato che nella comunicazione non sono stati indicati i diritti della Cedu oggetto di sospensione, diversamente da quanto è avvenuto per quella inviata alle Nazioni Unite, nella quale sono esplicitamente elencati i diritti del Patto internazionale oggetto di deroga, ai sensi dell'art. 4. Sugli sviluppi del caso francese v. Casella (2015) e Milanovic (2015). In occasione della ratifica della Cedu, il 3 maggio 1974, la Francia ha formulato una riserva di interpretazione riguardo al primo comma dell'art. 15, da un lato stabilendo che le condizioni per l'applicazione dell'art. 16, stato d'urgenza, e per la dichiarazione dello stato d'assedio (art. 36) devono considerarsi corrispondenti a quelle dell'art. 15 Cedu; e dall'altro escludendo che l'espressione dello stesso articolo «nella stretta misura in cui la situazione lo richiede» possa limitare il potere del presidente della repubblica di adottare tutte le misure necessarie sulla base dei poteri eccezionali attribuitigli dall'art. 16 (Casella 2015, 7-8, n. 22).

Anche il governo turco ha nel luglio di quest'anno notificato al Consiglio d'Europa l'intenzione di fare ricorso alla clausola di eccezione dell'art. 15 (21 luglio 2016), per fronteggiare gli effetti del fallito colpo di stato del 15 luglio 2016. Analogamente al caso francese, manca nella notifica l'indicazione dei diritti della Cedu che sarebbero stati oggetto di deroga. Successivamente, il 25 luglio 2016, il governo turco ha inviato al Consiglio d'Europa una nuova comunicazione che sembra offrire un'interpretazione restrittiva della portata della deroga. L'11 agosto 2016 le Nazioni Unite hanno reso pubblica la notifica del governo turco relativa all'intenzione di derogare al Patto internazionale, ai sensi



il carattere tendenzialmente permanente (Cataldi 2006, 760 ss.)⁵⁶ che, come si è detto, le misure antiterrorismo tendono ad assumere in tutti gli ordinamenti, carattere che mal si concilia con la natura temporanea e provvisoria della sospensione che la Cedu disegna.

6. Le riflessioni fin qui svolte danno conto dell'attualità e della drammaticità del dilemma sicurezza *versus* libertà, un dilemma per il quale sembra non esistere una soluzione semplice né immediata.

La tutela dei diritti al tempo del terrorismo va, dunque, inevitabilmente realizzata ricercando un equilibrio con le esigenze della sicurezza, equilibrio che si disegna nel contesto dello stato democratico⁵⁷, nel quale intervengono i limiti posti dalla Costituzione all'azione degli organi politici e il controllo delle Corti sulle scelte da questi compiute. Ed è proprio questa *contestualizzazione* democratica dell'opera di bilanciamento che può dare corpo a forme di restrizione dei diritti che non neghino la loro essenza e, con essa, non neghino quella della stessa democrazia.

dell'art. 4, nella quale sono esplicitamente elencati i diritti oggetto di sospensione, in numero significativamente maggiore rispetto al caso francese (Scheinin 2016).

⁵⁶ A ciò può aggiungersi la considerazione che l'art. 15 è stato pensato per stati nei quali i principi della democrazia e del rispetto dei diritti sono ormai consolidati nel tempo e nei quali, pertanto, la deroga interviene davvero solo per situazioni eccezionali, distinguendosi nettamente normalità ed emergenza. Minore risulta, invece, la sua portata in ordinamenti che conoscono stati di eccezione prolungati, configurandosi come democratici più nella forma che non nella sostanza, come nel caso della Turchia (Zagato 2006, 154).

⁵⁷ Cataldi (2006, 770-771) indica tra gli elementi che connotano lo stato democratico la trasparenza del dibattito politico, il corretto funzionamento del principio della separazione dei poteri e l'autonomia del potere giudiziario, specie delle corti superiori.



Bibliografia

Arnold, R. (2008), *La sicurezza come oggetto del diritto: la situazione in Germania*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 173 ss.

Baldassare, A. (1989), *Diritti sociali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana, IX, p. 1 ss.

Barak, A. (2002), *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, p. 3385 ss.

Bassu, C. (2005), *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica antiterrorismo*, in *Rivista Aic*, 22 febbraio, http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/lords_terrorismo/index.html (link consultato il 22 aprile 2017)

Bassu, C. (2008), *La giurisprudenza in tema di terrorismo e diritti in Canada e Regno Unito*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 201 ss.

Bauman, Z. (2011), *Modernità liquida*, Roma-Bari: Laterza.

Benazzo, A. (2008), *Il dibattito su terrorismo, democrazia ed emergenza dopo l'11 settembre*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 127 ss.

Bin, R. (2006), *Democrazia e terrorismo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.

Bonetti, P. (2006), *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna: il Mulino.

Casella, R. (2015), *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato di urgenza e la proposta di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 3.

Cataldi, G. (2001), *Art. 15*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova: Cedam, p. 425 ss.



Cataldi, G. (2006), *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. Pineschi (cur.), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano: Giuffrè, pp. 752 ss.

Cerrina Feroni, G. e G. Morbidelli (2008), *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 31 ss.

De Petris, A. (2006), *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in *Rivista Aic*, 20 marzo, http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/liberta_sicurezza/index.html (link consultato il 22 aprile 2017).

De Vergottini, G. (2004), *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, 111, pp. 1185-1211.

De Vergottini, G. (2007), *Le risposte degli ordinamenti nazionali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVIII Convegno annuale (Bari, 17-18 ottobre 2003), Padova: Cedam, 76 ss.

Denninger, E. (2005), *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. Baldini (cur.), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino: Università degli Studi.

Guidi, G. (2008), *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra libertà e autorità*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 109 ss.

Milanovic, M (2015), *France derogates from ECHR in the wake of the Paris attacks*, in *Ejil: Talk!*, 13 dicembre.

Mutti, A. (2015), *Trasparenza e segretezza nei sistemi democratici*, in *Il Mulino*, 2, pp. 344-352.

Pace, A. (2013), *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2, pp. 177-206.



Pace, A. (2014), *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 989-1000.

Peces-Barba, G. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè .

Pili, G. (2008), *La giurisprudenza in tema di antiterrorismo e diritti negli Stati Uniti d'America*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 211 ss.

Rosenfeld, M. (2008), *Is Judicial Balancing Appropriate in the War of Terror? Contrasting Ordinary Times, Emergencies and Times of Stress*, in *Percorsi costituzionali*, 1, p. 139 ss.

Scheinin, M. (2016), *Turkey's Derogation from Human Rights Treaties – An update*, in *Ejil: Talk!*, 18 agosto.

Sommario, E. (2016), *Attentati di Parigi: la Francia deroga alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.sidi-isil.org*, 11 gennaio.

Zagato, L. (2006), *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Deportate, esuli, profughe*, 5-6, p. 137 ss.

Zagrebel'sky, G. (1992), *Il diritto mite*, Torino: Einaudi.



Abstract

Security vs. Freedom in The Days of International Terrorism

In Constitutional States security and individual freedom are often in conflict; in these last years, international terrorism, with its unpredictable attacks, has suggested a new way to guarantee the security of a community, even through the use of force. First of all, this contribution analyzes the meaning and the content of «security» (as a value, a principle, a right) according to the most important authors; the second section considers some of the most recent measures to prevent and combat terrorism adopted by the EU and some European States; some important reactions of national judges to protect individual rights will also be taken into account.

Keywords: Security, freedom, terrorism, Constitutional State, human rights.



Nota della redazione:

Il presente numero, nella sezione *Saggi*, raccoglie contributi che costituiscono la rielaborazione di alcuni interventi al workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016), organizzato dall'Università degli Studi di Palermo – Dipartimento di Giurisprudenza, Dottorato in “Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali”; anche la rivista *Democrazia e Sicurezza* è stata invitata a partecipare, nella persona del coordinatore della redazione.

Tutti i contributi pervenuti, al di là dell'intervento introduttivo della prof.ssa Laura Lorello (pubblicato in apertura di questo numero come “Prospettiva”) e dei due interventi conclusivi del dott. Gabriele Maestri e della prof.ssa Beatrice Bonafè (considerati contributi su invito) sono stati sottoposti a revisione anonima (*double blind peer review*).



Workshop internazionale
Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale

26 - 27 Settembre 2016
Università degli Studi di Palermo – Dipartimento di Giurisprudenza - Aula Circolare

26 Settembre – ore 14:00 I sessione: questioni di diritto costituzionale Introduce e modera: Prof.ssa Laura Lorello Università di Palermo Relazioni: Dott.ssa Martina Salerno University of Birmingham Dott. Luca Buscema Università di Messina Dott.ssa Isabella Lo Presti Universidad de Malaga – Università di Palermo Conclude: Dott. Gabriele Maestri Università Roma Tre – Coordinatore della rivista <i>Democrazia e Sicurezza</i> Dibattito	27 Settembre – ore 9:00 II sessione: questioni di diritto penale Introduce: Prof. Alessandro Spena Università di Palermo Modera: Prof. Francesco Viganò Università di Milano Relazioni: Dott. Mauro Trogu Università di Urbino Dott.ssa Caterina Barone Università di Palermo Dott.ssa Noella Corai Università di Malaga Dott.ssa Mariagrazia Cimb Università di Palermo Conclude: Dott. Calogero Ferrara Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo Dibattito	27 Settembre – ore 14:00 III sessione: questioni di diritto internazionale Introduce: Dott. Alfredo Terrasi Università di Palermo Modera: Prof. Antonello Tancredi Università di Palermo Relazioni: Dott. Stefano Saluzzo Università di Palermo Dott.ssa Claudia Candelmo Università di Roma – La Sapienza Dott.ssa Elena Carpanelli Università di Parma Dott.ssa Nicole Lazzarini Università di Parma Conclude: Prof. Beatrice Bonafè Università di Roma – La Sapienza Dibattito
---	---	--

Comitato scientifico: prof. Antonello Tancredi, prof.ssa Laura Lorello, prof. Alessandro Spena, dott.ssa Luciana De Grazia, dott.ssa Enzangaria Trombontana
Comitato organizzativo: dott.ssa Caterina Barone, dott.ssa Mariagrazia Cimb, dott.ssa Carla Di Martino, dott.ssa Isabella Lo Presti, dott.ssa Laura Romano, dott.ssa Simona Vitale



Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà di un ordinamento democratico *

di Luca Buscema **

1. La dichiarazione dello stato d'assedio, tra ampiezza semantica della nozione di eccezione al regime ordinario nel corso dell'emergenza e lacune dell'ordinamento, alla luce della Costituzione repubblicana

Il valore costituzionale della pace¹, principio supremo dell'ordinamento², come noto, si traduce nel ripudio della guerra alla

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento elaborato in previsione del workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).

** Avvocato, dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Messina.

¹ Osserva Barone (1987, 646) che «l'istanza pacifista trova la sua più profonda motivazione nel desiderio di trasporre, sul piano internazionale, quegli stessi principi di li-



Saggi

stregua di strumento di offesa alla libertà dei popoli³ e quale mezzo di risoluzione delle controversie internazionali⁴.

Storicamente, però, l'esistenza di un'intima correlazione tra la politica e l'uso delle armi, finalizzato al soddisfacimento della "ragion di Stato", ha da sempre accompagnato (e giustificato), pur nel quadro di un ampio

bietà e di rispetto della persona umana che si volevano affermare nell'ordinamento interno».

² «Le interpretazioni riduttive dell'art. 11 e del suo valore, abbastanza diffuse nei primi commentatori, sono state presto superate. Dominante è l'opinione che si tratti di un principio costituzionale vincolante per gli organi dello stato, dotato di carattere immediatamente precettivo, addirittura da collocare tra i principi che costituiscono il nucleo essenziale dell'ordinamento italiano, fra i principi supremi». (Carlassare 2000, 163).

³ «Come risulta dai lavori preparatori, la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli fu vista – giustamente – come una categoria delle guerre come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. E infatti quella particolare guerra può essere condotta sia per realizzare un interesse sia per far valere un diritto soggettivo. Ciò che la qualifica è il suo effetto: l'offesa alla libertà degli altri popoli, che può consistere nel ledere la libertà politica di un altro Stato o la sua integrità territoriale, o comunque nell'imporre con la forza, ad un altro popolo, un regime o una struttura di governo che esso non desidera avere». (Cassese 1975, 568). Evidenzia Rolla (2010, 106) il labile e sfumato confine «tra offesa e legittima difesa, tra guerra di aggressione e difensiva... specie in considerazione del drammatico sviluppo delle tecnologie militari».

⁴ Sottolinea Cassese (1975, 568), che «il Costituente ha voluto rifiutare in termini generali la guerra come mezzo di risoluzione di tutte le controversie internazionali, e quindi sia delle controversie politiche che di quelle giuridiche. Pertanto, il ricorso alla guerra è vietato non solo per l'ipotesi che si voglia far valere un interesse internazionale del nostro Stato, ma anche per l'ipotesi che si intenda realizzare coercitivamente un diritto soggettivo (diverso da quello di non subire illecite violazioni della sovranità mercé l'uso della forza armata) spettante all'Italia nei confronti di un altro Stato». Ribadisce tale profilo Carlassare (2000, 159). Nello stesso senso, e più ampiamente, v. Cecchetti (1993, 284 ss.). In merito v. anche Gianformaggio (1992, 279 ss.).



Saggi

e controverso processo evolutivo, il ricorso alla violenza bellica onde conseguire obiettivi di predominio, conquista e supremazia in seno alla comunità internazionale, giungendo a far ritenere che la guerra non sia altro che «la prosecuzione della politica con altri mezzi» (Von Clausewitz 2000, XXV).

Al contempo, ormai superato un approccio di tipo tradizionale, secondo il quale il concetto di guerra esprima l'idea della classica nozione di "conflitto internazionale" (Ronzitti 1993, 17 ss.), cioè «lotta armata tra due o più Stati»⁵, attualmente, non si può negare che di stato di guerra⁶

⁵ In merito v. Curti Gialdino (1992, 849 ss.) secondo cui il termine guerra è da intendere in due fondamentali significati: «come situazione giuridica e come vicenda fenomenica. Nella prima accezione, esso si riferisce all'assetto che l'ordinamento internazionale, in conseguenza di un evento [...] sin da ora indicato nella manifestazione di volontà di uno dei soggetti dotati della relativa capacità, viene ad assumere in vista della suddetta vicenda, onde ottenga una valutazione, essenzialmente di liceità, quale non riceverebbe dall'ordinamento internazionale nel suo assetto di pace. Si parla, a tal proposito, di "stato di guerra". Lo stato di guerra è l'assetto che l'ordinamento internazionale assume per effetto della manifestazione di una volontà di guerra e che è determinato dalla sospensione, estinzione ed attuale applicabilità di distinti gruppi di norme per modo che tanto l'autore quanto il destinatario di quella manifestazione di volontà, reso libero verso l'altra da ogni obbligo convenzionale di cooperazione, possa lecitamente usare nei confronti dell'altro, ed in una misura marginale nei confronti dei terzi, la violenza delle armi, con l'osservanza bensì di certi limiti, ma in vista del totale annientamento della resistenza avversaria. Nella seconda accezione, il termine guerra è usato come enunciazione riassuntiva di tutti quei fatti mediante i quali si esercita e nei quali si concreta la violenza delle armi, che un membro della Comunità internazionale spiega nei confronti di un altro allo scopo di distruggerne la forza e piegarne la volontà». Secondo Sereni (1963, 573) la guerra «è un espediente giuridico a carattere eccezionale e transitorio che può essere utilizzato per la tutela o la modificazione del diritto vigente».



Saggi

e/o di crisi (interna e/o internazionale)⁷ possa parlarsi anche con riferimento a eventi⁸ che, pur non essendo ontologicamente equiparabili alle operazioni belliche in senso proprio intese⁹, ben possono richiedere la mobilitazione delle forze militari (e civili) per garantire la stabilità dell'ordine costituito¹⁰.

⁶ Per un approfondimento della nozione di “stato di guerra” alla luce del diritto internazionale, v. *ex multis*: M. Mancini (2009, 11 ss.).

⁷ Come rileva Ronzitti (1993, 205), «il principale tratto caratteristico che distingue i conflitti internazionali da quelli interni consiste nel fatto che coloro che prendono parte alla prima categoria di conflitti sono normalmente considerati legittimi combattenti, con la conseguenza che non possono essere puniti per gli atti di belligeranza compiuti; in caso di cattura vengono quindi considerati prigionieri di guerra. Nei conflitti appartenenti alla seconda categoria, i contendenti non sono considerati sullo stesso piano. In un conflitto interno lo Stato è libero di assoggettare i ribelli alla propria potestà punitiva, nel rispetto delle tegole di carattere umanitario. Essi pertanto non possono essere considerati legittimi combattenti».

⁸ A titolo esemplificativo si pensi all'ipotesi dell'*Economic Information Warfare* mediante l'*Information Blockade*, vale a dire la paralisi dei flussi informativi, realizzata con l'interruzione o l'alterazione di dati e delle informazioni che alimentano la produzione, gli scambi e ogni altro momento della vita economica. In tal senso Rapetto, Di Nunzio (2001, 226 ss.).

⁹ Sull'opportunità di affiancare alla nozione di guerra quella di conflitto armato «al fine di garantire che nelle situazioni di conflitto che le parti non riconoscono come “stato di guerra” trovino almeno applicazione le regole di diritto internazionale umanitario e, attualmente, per lo sviluppo di tale branca normativa, anche alcune regole del diritto bellico», v. Gargiulo (2002, 62).

¹⁰ «La distinzione tra conflitti internazionali e conflitti interni è sufficientemente netta. Alla prima categoria appartengono i conflitti tra Stati; alla seconda, invece, quelli che si svolgono all'interno di uno Stato. È da osservare come tra conflitti internazionali e conflitti interni possano esservi delle interferenze. Ciononostante le due categorie di conflitto debbono essere tenute distinte. Ad esempio, se un terzo Stato interviene in una



Saggi

I profondi mutamenti dei tratti caratteristici dei conflitti armati invernati nel corso del tempo¹¹ hanno così ingenerato numerose difficoltà ermeneutiche concernenti la definizione dell'esatta latitudine assiologica ed applicativa dell'art. 11 della Costituzione, legate, com'è facile intendere, alla complessa esegesi della natura, multiforme e cangiante, delle fonti di pericolo per un ordinamento democratico che, frequentemente, si celano dietro attività che, pur non rientrando nel quadro di una concezione classica di ostilità tra Stati sovrani, ciononostante ben possono attentare all'integrità delle fondamenta delle libere Istituzioni e necessitare, di conseguenza, la predisposizione di severe e rapide iniziative di contrasto agli atti di aggressione (*lato sensu*) militare perpetrati.

Così, ad esempio, nel caso di conflitto internazionale limitato; questo si traduce, essenzialmente, in una forma di eversione dell'ordine costituito, che sfrutta fattori d'instabilità interni, ma che è diretto da organiz-

guerra civile a fianco dei ribelli, le ostilità tra Governo legittimo e Stato interveniente saranno disciplinate dal diritto relativo ai conflitti internazionali, mentre quelle tra governo legittimo e ribelli saranno regolate dal diritto dei conflitti interni. Parimenti, se uno Stato interviene a favore del governo legittimo, le ostilità tra Stato interveniente e ribelli saranno disciplinate dal diritto relativo ai conflitti interni» (Ronzitti 1993, 205).

¹¹ In questa direzione, ad esempio, è stato ritenuto che «il termine "guerra" non avrebbe il significato tecnico che si è soliti attribuirgli nel diritto internazionale generale, indicativo, cioè, di quel preciso istituto giuridico, disciplinato e limitato dal diritto, caratterizzato dall'azione violenta compiuta in base al diritto internazionale bellico e da questo regolamentata, bensì indicherebbe, in generale, ogni impiego massiccio della forza militare nei rapporti internazionali, quale che sia lo "status" giuridico che la precede o cui dà luogo. In particolare, si sostiene che tale diversa interpretazione del termine è resa necessaria per ricomprendere nel divieto dell'art. 11 prima parte, anche quella forma di violenza armata di portata equiparabile alla guerra, ma non qualificata dalle parti in conflitto come violenza bellica» (Barone 1987, 664).



Saggi

zazioni statali straniere allo scopo di compromettere la stabilità dell'ordinamento per esercitare la propria ingerenza fino anche all'annessione territoriale o al controllo di quella data comunità statale. Gli scopi di tali azioni sono, quindi, i medesimi di una guerra internazionale in senso proprio intesa; le modalità realizzative ne differiscono, però, in quanto il progresso tecnologico e il complesso sistema di alleanze internazionali esporrebbe gli Stati con tendenze egemoniche, nel caso di conflitto aperto, a una potenziale, ma insostenibile, *escalation* del conflitto.

Si predilige, quindi, agire in silenzio, destabilizzando, dall'interno, l'ordine costituito; la reazione a tale forma di sovversione si basa, di necessità, su di una forte coesione ideologica¹² (ancorata ai valori di fondo di un ordinamento democratico) della comunità statale, l'unico fattore di matrice assiologica effettivamente idoneo ad orientare correttamente, nel rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo, l'uso della forza contro siffatte azioni (tendenzialmente) eversive.

¹² In tal contesto, di sicuro rilievo, sotto il profilo difensivo, appare emergere il fenomeno della propaganda. Con tale accezione, peraltro ormai parzialmente desueta, si intende riferirsi all'attività di "orientamento" della coscienza collettiva verso la condivisione di determinati valori funzionali al sostegno di una determinata azione politica. Del resto, «l'ideologia si pone come uno degli elementi motore dell'ordinamento statale, sia della base comunitaria che dell'organizzazione di governo, componente essenziale della costituzione materiale, in quanto insita nelle forze politiche dominanti. Anzi l'organizzazione di governo viene anche considerata come mero supporto organizzativo dell'ideologia, strumento indispensabile per indirizzare e controllare l'azione della collettività sociale [...] In tal senso, allora, la difesa del potere non comporterà la semplice difesa delle istituzioni ma anche la contestuale ed implicita difesa dell'ideologia» (De Vergottini 1971, 58).



Saggi

Si innesta, entro tale cornice, l'esigenza di valutare la conformità al dettato costituzionale dell'impiego dello strumento militare ogni qual volta l'aggressione non sia, almeno in via immediata, intrapresa e/o diretta da uno Stato sovrano, ma consista nel compimento di atti terroristici, per ciò solo, come tristemente insegna l'esperienza maturata nel corso degli ultimi decenni, certamente, non meno distruttivi.

Al contempo, però, provare a fornire una chiave di lettura, costituzionalmente orientata, in ordine al regime giuridico da applicare in siffatte occasioni, appare essere un'operazione concettuale indispensabile onde comprendere i limiti di liceità entro i quali ritenere rispettosa dei principi fondanti il nostro sistema di valori l'attività di difesa delle libere Istituzioni contro i "nemici della democrazia", tenendo sempre ben a mente l'esigenza di non disconoscere, anche nel corso di una situazione di (drammatica) emergenza (bellica), il coacervo degli ideali di civiltà giuridica propri del costituzionalismo moderno nei quali si risolve, in definitiva, la democraticità di un ordinamento.

Di conseguenza, prevedere specifiche procedure in materia di gestione dello stato di crisi e/o di emergenza¹³ (non importa se di natura militare o frutto di un tentativo di destabilizzazione interna correlata ad attacchi di matrice terroristica)¹⁴, implica la necessità di individuare a prio-

¹³ Circa la complessità del concetto di emergenza, v. Marazzita (2003, 157 ss.).

¹⁴ Sottolinea Bilancia (1993, 3012 s.) che la nozione di emergenza, secondo un primo approccio, serve a «giustificare l'attribuzione, da parte del legislatore ordinario, di poteri di necessità ed urgenza ad organi dell'esecutivo perché si faccia fronte con misure eccezionali ad eventi che per intensità ed estensione possono essere qualificati straordinari - assumendo, in una seconda accezione, - il ruolo di criterio interpretativo elasticizzante, vale a dire in grado di ampliare di misura il grado di tollerabilità alla violazione da parte



Saggi

ri gli organi deputati a deliberare lo stato d'assedio¹⁵ e comporta il logico corollario di dover precisare i limiti, formali e sostanziali, entro cui possa essere eventualmente disposta la sospensione (temporanea)¹⁶ dei diritti fondamentali della persona¹⁷, onde ricercare il giusto equilibrio sotteso all'esigenza di preservare l'immanenza delle libere Istituzioni senza, al contempo, disconoscerne e/o mortificarne le fondamenta assiologiche

delle disposizioni costituzionali. Disposizioni legislative che incidano, forse oltre il disponibile, su sfere di autonomia o su situazioni soggettive garantite, sopravvivono al giudizio di costituzionalità perché adottate in difesa di alcuni valori costituzionali in pericolo per via dell'emergenza».

¹⁵ I regimi giuridici che formalizzano, in via predeterminata, la disciplina degli strumenti di contrasto delle diverse possibili fonti di pericolo «sono sempre rispondenti ad una forma “normalizzata” di emergenza attenuabile nelle sue conseguenze negative proprio in virtù della previsione costituzionale. Esse sono una delle diverse espressioni dell'indirizzo razionalizzatore dei costituenti, in quanto dalla previsione (nei limiti del prevedibile) delle possibili occasioni di pericolo si fa discendere una limitazione delle conseguenze negative immaginabili per l'ordinamento ma anche, in concreto, per i diritti di libertà. Si può quindi tranquillamente ritenere che più è seria e meditata la volontà di proteggere i “valori” caratterizzanti la costituzione, più attenta dovrebbe rivelarsi la preoccupazione di disposizione preventiva di rimedi comportanti deroghe alla normalità» (De Vergottini 1992, 229).

¹⁶ In prima battuta, può dirsi che la locuzione «sospensione dei diritti costituzionali» sia una «formula ellittica con la quale comunemente si allude alla privazione (temporanea) dell'efficacia di una o più norme costituzionali ricognitive di diritti, da parte di un atto-fonte diverso dalla Costituzione» (Piazza 2001, 812).

¹⁷ «I diritti di libertà garantiti dalla Costituzione [...] corrono il serio rischio di degradare da diritto a mero interesse legittimo (con tutto quel che segue, quanto a possibilità di tutela in sede giurisdizionale), ove non si tenga fermo il principio per cui un diritto, garantito in modo specifico dalla Carta, può essere limitato da un potere dell'autorità di governo solo quando tale potere sia stato a questa attribuito, in modo altrettanto specifico, dalla stessa Costituzione» (Finocchiaro 1975, 243).



Saggi

sulle quali esse stesse si reggono, anche al fine di impedire, pur di fronte alla crisi, la «sospensione della democrazia rappresentativa» (Pinna 1993, 58).

In tal senso, è stato osservato, pur partendo dal presupposto secondo cui il fenomeno della temporanea inefficacia dei principi di fondo che sorreggono un ordinamento democratico non può intaccare il c.d. “minimo costituzionale” (Marazzita 2003, 237 ss.)¹⁸, ovvero quei valori posti a definizione della più intima essenza di un ordinamento¹⁹, l’azione delle

¹⁸ «Esiste, anzitutto, un nucleo minimo di diritti fondamentali sul quale nessun negoziato è possibile, trattandosi di diritti che attengono al cuore dello Stato liberale di diritto, e che per tale motivo si sottraggono al bilanciamento con qualsiasi controinteresse. Le indicazioni essenziali sono contenute nell’art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che esclude qualsiasi deroga, persino in tempo di guerra, al diritto alla vita (art. 2, fatte salve ovviamente le eccezioni tassativamente previste dal secondo comma), al diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti (art. 3), a non essere ridotti in schiavitù (art. 4) e al principio di legalità della pena (nel suo nucleo minimo di prevedibilità ed irretroattività della sanzione penale: art. 7)» (Viganò 2006, 670).

¹⁹ Ci si riferisce a quei «principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti a potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 cost.), quanto ai principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili a procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Così Corte costituzionale, sentenza del 15 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur cost.*, 1988, 5569. Sottolinea Ferrari (1970, 827 s.), che «le misure adottabili in tempo di guerra sono soltanto quelle che non impediscono, non già la ripristinazione – ché la parola sarebbe inesatta – ma l’immediata ripresa di efficacia del sistema ordinario, cioè il ristabilimento dell’equilibrio tra potere legislativo e governativo, fra potere centrale e autonomie locali, fra libertà ed autorità, con conseguente riconoscimento della assoluta intangibilità delle strutture».



Saggi

Istituzioni preposte alla gestione della situazione di crisi ben può comunque indirizzarsi sia nel senso di ridefinire l'assetto delle competenze, ad esempio in termini di disattivazione parziale delle prerogative parlamentari per procedere ad una concentrazione di poteri in capo all'Esecutivo (De Vergottini 1992, 231), sia, più direttamente, nel senso di investire (e condizionare e/o temporaneamente limitare) le libertà fondamentali dei cittadini²⁰.

Evidente è la gravità della misura della sospensione: essa comporta la disapplicazione della disposizione costituzionale²¹, sia nel suo contenuto

²⁰ Secondo Ferrari (1970, 828), in caso di emergenza bellica, insuscettibili di qualsivoglia sospensione sarebbero «quei diritti e principi che non hanno alcun collegamento con la guerra, quali, per esempio, i diritti di famiglia, la libertà di culto, la libertà d'insegnamento, il diritto di accedere agli uffici pubblici, il principio della personalità della responsabilità penale, quello d'uguaglianza, quello che vieta l'estradizione dello straniero per reati politici...la libertà di manifestare il proprio pensiero, il diritto di petizione, la libertà d'associarsi in partiti politici e in sindacati, il principio del rispetto delle minoranze linguistiche». Per quel che concerne, in particolare, il problema del controllo dell'informazione, sia nel corso di una crisi interna, sia in relazione ad un conflitto internazionale v. Stelia (1981, 329 ss.).

²¹ Si rifà al c.d. "Modello Barak" Stelia (2005, 928 ss.), secondo cui: «Chiamerò "modello Barak" (dal nome del Presidente della Corte Suprema) il modello di giustizia elaborato per i "momenti di crisi", di guerra e di terrorismo, cioè per i momenti fra i più gravi e pericolosi per Israele e per il mondo occidentale. Caratteristiche essenziali di questo modello sono: a) l'attribuzione ai giudici del compito di protezione dei principi della democrazia; b) l'obbligo dei giudici di non far tacere in battaglia le leggi dello Stato democratico; c) l'individuazione dello strumento per attivare l'intervento giudiziario nelle petizioni di chi, cittadino o straniero, lamenta la violazione di un diritto; d) l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici nei confronti del governo e dell'apparato esecutivo; e) la tempistica dell'intervento giudiziario, considerata decisiva per impedire che un'azione ingiusta possa essere portata a compimento».



Saggi

sostanziale, sia in riferimento alla tutela (giudiziaria) della sua effettività²²; spoglia cioè il soggetto della garanzia che tale norma gli attribuisce, cancellando il momento della libertà e reintegrando il momento dell'autorità²³.

Di certo, la sicurezza nazionale non può rappresentare la ragione per riconoscere alle autorità di governo una illimitata licenza a disattendere i più elementari valori della persona²⁴, ma, al tempo stesso, il rispetto as-

²² In tema di controllo giurisdizionale delle misure adottate durante lo stato di eccezione v. Marazzita (2003, 244 ss.).

²³ Per ovviare a possibili abusi Rigano (1992, 42), pur essendo consapevole delle difficoltà concrete di attuazione, propone, quale rimedio, il ricorso alla Corte costituzionale, le cui competenze in materia di salvaguardia delle libertà fondamentali dovrebbero rimanere salve anche in caso di conflitto internazionale, per evitare che la responsabilità in ordine alla lesione concreta dei diritti dei cittadini non sia solo di ordine politico, da imputare all'Esecutivo in raccordo col Parlamento, ma anche di natura giuridica.

²⁴ Con riferimento a un caso di sottoposizione a tortura di un sospetto terrorista, riprendendo le parole della giurisprudenza israeliana conformatasi al c.d. "Modello Barak", sottolinea Stelia (2005, 942 ss.), che «la tortura deve essere dichiarata non conforme alla legge anche se, con essa, si possono salvare vite umane, evitando imminenti azioni terroristiche: "siamo consapevoli - dicono i giudici della Corte Suprema israeliana - che questa decisione non renderà più facile affrontare la realtà del terrorismo. Ma questo è il destino della democrazia, perché non tutti i mezzi sono accettabili e non tutti i metodi impiegati dai suoi nemici sono utilizzabili. Talvolta, una democrazia deve lottare con una mano legata dietro la schiena; ciononostante, ha a sua disposizione una mano posta più in alto. Preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce una componente importante per la definizione di sicurezza in una democrazia. In definitiva, si tratta di una componente che rafforza il suo spirito e questa forza le permette di superare le difficoltà [...]. Ciò che distingue la guerra dello Stato da quella dei suoi nemici è che lo Stato combatte rispettando la legge, mentre i suoi nemici combattono violandola. La forza morale e la rettitudine obiettiva della guerra condotta dal Governo dipendono totalmente dal fatto di difendere le leggi dello Stato: abbandonando questa for-



Saggi

soluto e, in ogni caso, inderogabile dei diritti della persona non può costituire la causa dell'impossibilità di difesa della collettività²⁵.

In tal senso, è stato osservato, «l'equilibrio e il compromesso sono il prezzo imposto alla democrazia. Solo una democrazia forte, sicura e stabile può permettersi di rispettare e di proteggere i diritti umani, e solo una democrazia costruita sulle fondamenta dei diritti umani può esistere in tutta sicurezza» (Barak 2002, 3393).

Invero, in seno all'ordinamento giuridico italiano non è attualmente possibile rinvenire un sistema armonico di disposizioni tese a disciplinare, sia sotto il profilo sostanziale, sia dal punto di vista procedurale, la gestione dello stato di crisi e/o di emergenza²⁶ che non sia immediatamente riconducibile ad eventi bellici, intesi, in senso tradizionale, alla stregua di conflitto e/o lotta armata tra due o più Stati sovrani; tace, in merito, la Costituzione, né dalle fonti sottordinate, come si vedrà, è possibile trarre una compiuta regolamentazione di tali fattispecie.

za e questa rettitudine, il Governo fa il gioco del nemico. Le armi morali non sono meno importanti di qualsiasi altra arma e forse anche più importanti. Non vi è arma più morale dello stato di diritto. Tutti coloro che lo dovrebbero sapere, dovrebbero anche essere consapevoli del fatto che lo stato di diritto in Israele non soccomberà mai davanti ai nemici dello Stato».

²⁵ Sul ruolo svolto dalla giurisprudenza internazionale rivolto a statuire confini invalicabili alle previsioni straordinarie adottate alla stregua di misure d'eccezione per fronteggiare la crisi interna o internazionale, v. Fabbrini (2009, 591 ss.).

²⁶ «Situazione imprevista che, rendendo il diritto normalmente vigente inadeguato, pone la necessità di uno stato d'eccezione capace di fronteggiarla» (Marazzita 2003, 17).



Saggi

Trattasi, in sostanza, di un sistema normativo sicuramente inadeguato, bisognoso di un urgente ripensamento²⁷.

La mancanza di alcun riferimento, all'interno della Costituzione, allo stato d'assedio²⁸ (o ad altra formula descrittiva di una qualsivoglia situazione di emergenza di matrice interna)²⁹, è da far risalire ai convincenti acquisiti all'esito del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea Costituente³⁰, contraddistinto dall'emersione di diverse (e, tra di loro, non riducibili a sintesi e/o unità) posizioni ideologiche suscettive di poter es-

²⁷ In merito, una disamina delle più recenti linee evolutive è contenuta in De Minico (2016, 31 ss.) e De Vergottini (2001 a, 275 ss.).

²⁸ «L'espressione stato d'assedio, completata talvolta dall'aggettivo civile o fittizio o politico (per distinguerlo dallo stato d'assedio detto militare o effettivo, dal quale pure il primo trae origine), nell'accezione dottrinale oggi corrente indica un'ipotesi classica di sospensione – e cioè di temporanea cessazione dell'efficacia, ferma restando la validità – di tutta o di parte della Costituzione, di fronte ad eventi straordinari, naturali o (per lo più) relativi all'ordine pubblico interno, che minaccino la vita stessa dello Stato o il regime e che possano essere fronteggiati solo con misure eccezionali, *extra ordinem*» (Cocozza 1988, 1).

²⁹ Secondo Cataldi (1983, 9), «stato di pericolo pubblico, stato di necessità, stato di emergenza si presentano indubbiamente come concetti giuridici indeterminati, concetti cioè le cui note caratteristiche rifuggono da una precisa connotazione, tanto che è possibile affermare che il loro significato è più facile intuire che definire. Pertanto è da ritenere che lo stato di necessità si misuri dalla capacità o meno dello Stato di assorbire, senza subirne gli effetti destabilizzanti, una situazione di eccezionale gravità avvalendosi degli ordinari strumenti a sua disposizione; non si misura invece in base alla sola presenza di indici sintomatici di dubbia efficacia, per lo più riferentisi al funzionamento regolare o meno delle istituzioni». Sul punto v. anche Motzo (1958, 251 ss.).

³⁰ Per un'analisi particolarmente approfondita dell'intera discussione sviluppata in Assemblea costituente in merito all'istituto dello stato d'assedio v. Cherchi (1981, 1108 ss.) e Colonna (1967, 263 ss.).



Saggi

sere amalgamate entro un quadro d'insieme tendenzialmente condiviso solo in seguito ad una ponderata riflessione.

In quella sede, infatti, fu possibile assistere, da un lato, alla maturazione di proposte volte a disciplinare e ammettere lo stato di pericolo pubblico³¹, prevedendo, in alcune ipotesi, specifici profili di responsabilità (in prevalenza, di natura politica)³²; dall'altro lato, emerse la posizione di chi si collocò nel senso di una reiezione esplicita dell'istituto dello stato d'assedio³³, impostazione espressa anche solo per il tramite del ri-

³¹ In particolare si veda la posizione assunta dall'On. Crispo nel corso della seduta tenutasi il 16 ottobre 1947, il quale avanzò l'ipotesi della liceità costituzionale della previsione di limitazioni e/o sospensioni dei diritti di libertà per necessità di difesa determinate dal tempo e dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico durante lo stato d'assedio, per il tramite dell'adozione di ordinanze di necessità da emettere in caso di allarme, di pericolo pubblico, di guerra o di stato d'assedio. Per il dibattito in ordine a tale proposta v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, IV, Roma: Camera dei Deputati, 1976, 3327 ss.

³² Si veda, in particolare, la proposta avanzata nella seduta del 2 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., VI, 421 ss., secondo cui «l'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. Tuttavia allorché la repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. Questo provvedimento non potrà essere preso per un tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato nelle medesime forme. Chiunque ne avrà abusato per recare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui assumerà personale responsabilità. Al termine del periodo d'emergenza, chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona o nei beni potrà reclamare riparazione morale e materiale davanti ai tribunali».

³³ Secondo Cherchi (1981, 1153), ritenuti i diritti di libertà come espressivi non di un certo regime politico piuttosto che di un altro, ma suscettivi di rappresentare l'essenza stessa di ogni democrazia, è chiaro che «nessuno avrebbe potuto o voluto rifiutarli senza rifiutare o negare al tempo stesso la democrazia o la moderna civiltà politica [...]. In questo contesto non vi era spazio per quello che in commissione era stato considerato "una



Saggi

lievo secondo il quale il silenzio della Costituzione sul punto (nella sua formulazione *in fieri* al momento del dibattito), avrebbe dovuto essere inteso nel senso di tacciare di illegittimità (*rectius*: contrarietà al dettato) costituzionale – secondo un noto brocardo desunto da una certa impostazione processualistica, *quod non est in actis non est in mundo* – una eventuale (quale che fosse la formula applicabile), deliberazione, dichiarazione e/o declaratoria dello stato di pericolo pubblico³⁴.

In ossequio a una prospettiva esattamente opposta, invece, in seguito, parte della dottrina ha sostenuto che l'assenza di qualsivoglia riferimento costituzionale al regime da applicare in caso di emergenza non di carattere bellico potrebbe essere interpretato nel senso di consentire il richiamo alle procedure descritte dall'art. 78 Cost. non solo, quindi, per l'ipotesi di guerra internazionale, ma anche per la proclamazione dello stato d'assedio³⁵.

contraddizione palese" con il concetto stesso di democrazia: la possibilità di sospendere i diritti fondamentali di libertà». L'esclusione, da parte dell'Assemblea costituente, della disciplina dello stato d'assedio è, invece, sostenuta in termini diversi da Colonna (1967, 265), il quale rileva che «questa dichiarazione non fu voluta perché i costituenti ritennero che, senza prevedere particolari situazioni di emergenza, la possibilità di interventi straordinari in casi eccezionali di necessità ed urgenza, era prevista in alcuni casi espressamente indicati (artt. 13.3, 21.4 e 77 Cost.)».

³⁴ A tal proposito si può citare la proposta dell'on. Fabbri, in *La Costituzione della Repubblica*, VIII, cit., 1837 ss., secondo cui: «È vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale della garanzie regolate dalla presente costituzione».

³⁵ Sottolinea Motzo (1958, 259) che «non risulta che in sede costituente, al momento della discussione sul disegno dell'art. 78 Cost., nel nominare lo stato di guerra si volesse espressamente far riferimento oltre che ad una situazione di emergenza bellica internazionale anche ad uno stato di guerra o di emergenza interna. È tuttavia fuor di dubbio



Saggi

Talvolta, del resto, lo stato di crisi può scaturire da fonti di destabilizzazione rispetto alle quali risulta difficile tracciare una netta linea di demarcazione in merito alla loro natura, specie allorquando l'aggressione perpetrata contro le libere Istituzioni provenga da iniziative che, pur non essendo state pianificate ed intraprese da parte di Stati sovrani e pur non potendo essere qualificate, in senso tradizionale, alla stregua di operazioni militari, assumono, comunque, quanto a struttura e *modus operandi*, una connotazione ibrida, come tristemente insegna, in un recente passato, il dilagare del terrorismo internazionale³⁶.

In tal senso, è stato osservato, la procedura prevista *ex art. 78 Cost.* presenta il pregio di richiedere il concorso dei tre organi costituzionali caratterizzanti il particolare assetto politico/costituzionale di ispirazione democratica dell'ordinamento³⁷ e, per l'effetto, consente di assicurare,

che non si intese limitare in alcun modo l'oggetto della particolare procedura di cui all'art. 78 cost. ai soli casi di conflitto derivante da ostilità tra Stati». Secondo Piazza (2001, 816) deve respingersi questa prospettazione sulla base di due elementi: da un lato, considerando la necessità della previa delibera parlamentare, l'effetto sarebbe quello di incorrere in esecrabili lungaggini; dall'altro, si rileva l'impossibilità di ricorrere all'analogia, giusto quanto disposto dall'art. 14 preleggi c.c., da considerare principio generale dell'ordinamento, dinanzi ad una disposizione di carattere eccezionale, come appunto l'art. 78 Cost.

³⁶ Per un approfondimento della questione v., *ex multis*: De Vergottini (2003).

³⁷ Sottolinea Scudiero (1969, 128) che «la legge (ordinaria) con cui le Camere conferiscono i poteri necessari a norma dell'art. 78, potendo abilitare il Governo ad incidere sull'operatività di norme costituzionali mediante atti che di sicuro non rientrano nell'attività di legislazione costituzionale, è espressione di una potestà *extra ordinem*, in quanto non legata alle rigide implicazioni della gerarchia delle fonti; e dà correlativamente luogo a poteri *extra ordinem* del Governo in quanto dotati della forza di sospendere garanzie sancite in norme costituzionali».



Saggi

grazie all'articolato modello di *checks and balances* disegnato in seno alla Carta Fondamentale, la saldezza dei valori di fondo propri del costituzionalismo moderno dal pericolo di "implosione del sistema", ovvero di possibili derive di carattere autoritario³⁸, pur ammettendo l'emanazione di (atipici) provvedimenti governativi, con forza di legge, che risultino indispensabili per fronteggiare la crisi³⁹.

Nel quadro di un'impostazione tesa a circoscrivere, in senso limitato, il ricorso ad una siffatta procedura, si sostiene, poi, l'ammissibilità dell'impiego del modello descritto dall'art. 78 Cost. soltanto nell'ipotesi in cui allo stato di guerra corrisponda – *rectius*: segua – una situazione di instabilità interna, da affrontare contestualmente al conflitto internazionale in corso (Motzo 1958, 261).

Vi è chi, ulteriormente, in caso di pericolo pubblico determinato da fattori endogeni, ritiene applicabile l'art. 78 Cost. non nella sua interezza⁴⁰, bensì con esclusivo riferimento al conferimento dei poteri necessari

³⁸ In tal senso, anche qualora il Parlamento fosse impossibilitato ad operare, la soluzione potrebbe ritrovarsi nell'ipotesi di deliberazione dello stato d'assedio, da parte dell'Esecutivo, per il tramite di apposito decreto legge a cui seguirebbe, comunque, la dichiarazione del Capo dello Stato, salva, in ogni caso, la prerogativa delle Camere di intervenire, in qualsiasi momento, in sede di conversione e/o ratifica del provvedimento governativo. In merito v. Cocozza (1988, 8).

³⁹ Per un approfondimento in merito v. la Relazione della Commissione istituita dal Governo Goria per l'esame dei problemi costituzionali concernenti il comando e l'impiego delle forze armate, in *Quad. Cost.* 1988, 334 ss. Per un commento v. Barrera (1988, 297 ss.). Circa la varietà dei modelli di emergenza e crisi suscettivi di richiedere approcci multiformi e cangianti, v. Marazzita (2003, 138 ss.).

⁴⁰ Nel senso di un richiamo integrale all'art. 78 Cost. v. Modugno e Nocilla (1988, 538 ss.).



Saggi

all'Esecutivo da parte delle Camere, così da tributare una patente di legittimazione democratica all'eventuale sospensione dei diritti costituzionali che il Governo potrebbe temporaneamente disporre per fronteggiare l'emergenza (Stellacci 1951, 333); detta conclusione radica la correttezza di una tale impostazione sul rilievo della complessità della procedura enucleata dall'art. 78 Cost., reputata sproporzionata ed inadeguata, ad esempio, in caso di crisi di dimensione ed effetti comunque contenuti⁴¹, per tale via suggerendo l'utilizzo di un diverso (modulato, rispetto alla reale consistenza del pericolo), regime di disciplina dello stato di eccezione⁴².

Matura, in tal senso, il convincimento della sufficienza (sussistendo, comunque, determinati presupposti) del ricorso alla decretazione d'urgenza *ex art. 77 Cost.*

I casi di straordinaria necessità e urgenza, sui quali si radica il conferimento dell'esercizio della funzione legislativa in capo al Governo in ossequio alla norma *de qua* e, per l'effetto, si consente l'introduzione di una "interferenza funzionale" tra i poteri dello Stato, certamente ben possono annoverare l'esigenza di affrontare, mediante l'introduzione di un'apposita regolamentazione, una situazione di emergenza interna⁴³

⁴¹ Nel senso della non necessità del ricorso all'art. 78 Cost. si colloca Giardina (1979, 114).

⁴² Tale profilo, insieme con alcune riflessioni sulla natura riservata della programmazione delle modalità d'intervento a tutela dell'ordine costituito, emerge nella Relazione della Commissione istituita dal Governo Gorla: cit., 226.

⁴³ Al contrario, nel senso di ritenere che la necessità e l'urgenza caratterizzanti i decreti *ex art. 77 Cost.* siano «ben lontane dalla necessità istituzionale su cui si basano o a cui si richiamano i regimi di crisi», v. De Vergottini (1992, 235).



Saggi

proprio per il tramite di provvedimenti legislativi temporanei e soggetti, a fini di garanzia, al successivo controllo (politico) da parte delle Camere⁴⁴.

Si badi, la questione non è tanto quella di ammettere o meno la capacità del Governo di “deliberare”, se occorre, lo stato d’assedio per il tramite dell’esercizio della potestà normativa *ex art. 77 Cost.*, quanto quella, più propriamente, di individuare i limiti cui tale dichiarazione e, più in generale, i provvedimenti d’urgenza così adottati debbano soggiacere⁴⁵.

Ed infatti, secondo un primo approccio, è stato osservato che la procedura descritta *ex art. 77 Cost.* postula l’adozione di un atto avente forza di legge, come tale norma di rango primario, che, anche nel corso dell’emergenza, mai potrebbe derogare a principi costituzionalmente statuiti⁴⁶.

⁴⁴ Riferendosi alla problematica dell’istituto della sospensione dei diritti costituzionali durante lo stato di guerra (ma il discorso è equivalente anche in relazione all’emergenza di matrice interna), sottolinea Scudiero (1969, 126) che «tale soluzione, mentre evita che l’Esecutivo non sia in grado di agire con tempestività ed efficacia di fronte a non previste gravi necessità, assicura in via immediata al Parlamento la decisione definitiva sulla sospensione e la conseguente valutazione della responsabilità politica del Governo; ed appare accettabile anche perché, se è da escludere che il decreto legge divenga lo strumento normale di intervento legislativo del Governo durante lo stato di guerra, non può tuttavia negarsi l’ammissibilità del ricorso ad esso per provvedere in via d’urgenza a straordinarie esigenze che non potessero farsi rientrare nella sfera materiale dei poteri necessari».

⁴⁵ Dà conto di un progetto di riforma, patrocinato dal CeMiSS, volto a riconoscere esplicitamente al Governo la potestà di deliberazione dello stato d’assedio, P. A. Capotosti (2003). Per una disamina delle diverse fonti suscettive di introdurre un regime temporaneo derogatorio nel corso dell’emergenza, v. Angiolini (1988, 141 ss.).

⁴⁶ Categorico è, in tal senso, Giardina (1979, 115).



Saggi

In senso contrario, però, all'esito di una più approfondita disamina, sembra collocarsi quella parte della dottrina che (fondando le proprie considerazioni sul rilievo secondo cui la Costituzione, all'interno dell'art. 77, utilizzi, al comma 1, l'espressione «decreti che abbiano valore di legge ordinaria», mentre, rispetto al comma 2, faccia riferimento alla dizione «provvedimenti con forza di legge», senza alcuna altra specificazione), individua nella legge di conversione lo strumento per "sanare", in qualità di legge «tutto affatto speciale» (Cocozza 1988, 8), la forza, anche di rango costituzionale, di volta in volta suscettiva di accompagnare e qualificare il singolo provvedimento normativo urgente di matrice governativa (Cocozza 1988, 8; Stellacci 1951, 339 s.).

Così, secondo una certa opzione ricostruttiva, al ricorrere di siffatte ipotesi, si ritiene che si debba parlare di decreti con forza costituzionale, il cui fondamento dovrebbe essere ricercato non nell'art. 77 Cost., bensì nello stato di necessità, ovvero in una vera e propria situazione di emergenza istituzionale (Angiolini 1988, 107 ss.).

In linea di principio, lo stato di necessità si distingue dalla necessità quale fonte normativa⁴⁷, «fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che, rispetto a essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate» (Romano 1950, 194 ss.), ciò in quanto il primo è «normalmente previsto negli ordinamenti giuridici quale condizione o pre-

⁴⁷ Evidenzia De Vergottini (1992, 227) che la necessità-fonte è «inserita nel vigente ordinamento quale fonte inespressa ma originaria (e quindi complementare rispetto al sistema formale delle fonti) sulla base della considerazione secondo cui il diritto formalmente posto tramite la legislazione non esaurisce tutto il diritto positivo possibile in un dato ordinamento».



Saggi

supposto per l’emanazione di un atto od il compimento di un’attività in deroga all’ordine prestabilito delle competenze (tipico esempio l’esercizio del potere legislativo da parte del Governo ai sensi dell’art. 77 Cost.) [...] operando la necessità come fonte normativa al di fuori o anche contro l’ordinamento e si riconnette strettamente ad un fatto (o ad una situazione di fatto) che ha la forza di imporsi di per se stesso come normativo» (Martines 1998, 69).

Orbene, i decreti con forza costituzionale non trovano uno specifico e diretto riconoscimento nell’ambito della nostra Costituzione pur potendo essere contraddistinti dalla capacità di introdurre una disciplina derogatoria e/o contraria rispetto ad essa⁴⁸.

Più propriamente, secondo accorta (e maggioritaria) dottrina, l’effetto principale consisterebbe non nella deroga⁴⁹, bensì nella sospensione del precetto costituzionale fintantoché permanga lo stato d’emergenza⁵⁰.

⁴⁸ «La reazione dello Stato di fronte alle situazioni di pericolo viene concepita come diritto soggettivo dello stesso, che rende legittimo l’esercizio di un potere governativo formalmente illegale» (De Vergottini 1992, 226).

⁴⁹ Per una ricostruzione degli effetti dello stato di necessità, in termini di alterazione dell’ordinamento costituzionale, connotati dal requisito della stabilità, ovvero caratterizzati da una deroga provvisoria all’ordinamento esistente, v. Romano (1969, 53 ss.).

⁵⁰ Secondo Piazza (2001, 813) «la “sospensione” è una fattispecie particolare di “deroga”. E, per quanto possa essere esatto che, fra le varie forme in cui possa manifestarsi il fenomeno della “deroga” [...] quello della “deroga-sospensione” è l’unico caso non riconducibile *tout court* nel concetto di revisione, bisogna tuttavia riconoscere che, tra i due concetti in esame, sussiste un rapporto di specialità là dove la revisione, come *genus*, comprende logicamente la “deroga-sospensione”, quale sua sottospecie: la temporanea privazione dell’efficacia di una norma, connessa alla temporanea sostituzione di quest’ultima con un’altra norma, in effetti, non rappresenta altro che una revisione a tempo. Come tale, deve essere innanzitutto operata per il tramite dello stesso procedi-



Saggi

Tale meccanismo sarebbe formalmente «illegale», ma «non anti-giuridico», in quanto legittimato da una fonte che prevale sulla legge (De Vergottini 1992, 241)⁵¹; l'atto governativo *de quo* potrebbe essere qualificato, cioè, in termini di «atto anomalo di necessità» (Motzo 1958, 263), «*quodammodo* ingabbiato nella struttura procedimentale prescritta per i decreti legge, a fini sostanzialmente di garanzia» (Carnevale 2002, 4524).

In tal senso, comunque, onde consentire un controllo da parte del Parlamento rispetto all'operato del Governo⁵² e, al tempo stesso, garantire il ripristino della gerarchia delle fonti normative, è stata sostenuta l'esigenza della conversione dei decreti legge in esame per il tramite di legge costituzionale (Piazza 2001, 817 s.).

Una tale impostazione, però, non è andata esente da censure; ed infatti, da un lato, l'uso della legge costituzionale quale strumento di conversione è stato ritenuto capace di alterare, in modo inaccettabile, con ciò determinandone la sua disarticolazione, la disciplina propria dettata dall'art. 77 Cost.; dall'altro lato, poi, la procedura delineata dall'art. 138 Cost. si dimostra palesemente incongrua rispetto alle esigenze di spedi-

mento previsto per la revisione». Denota semplicemente la differenza che intercorre tra sospensione e revisione, l'una con effetti temporanei, l'altra, sia nel senso dell'abrogazione che della modificazione, con effetti definitivi, Scudiero (1969, 129).

⁵¹ Diversamente Piazza (2001, 817) secondo cui «è logicamente impossibile, per "contraddizione che non consente", che una Costituzione, quale massimo fondamento della legalità dell'ordinamento da esso costituito, comprenda al proprio interno una o più disposizioni miranti a legittimare *de iure* atti o fatti [...] illegittimi».

⁵² Circa il riconoscimento di un ruolo centrale del Parlamento anche nel corso dell'emergenza v. Pinna (1988, 203 ss.).



Saggi

tezza e rapidità (decisionale ed operativa) necessarie per contrastare efficacemente lo stato d'emergenza invernati.

Così, si sostiene l'opportunità di addivenire alla conversione del decreto legge per il tramite di legge ordinaria, che, di per sé, trova giustificazione nella stessa situazione di fatto da cui origina l'adozione del decreto⁵³.

Nell'ambito di un siffatto quadro ricostruttivo, però, si avverte un vero e proprio conflitto tra valori costituzionali; emergono, infatti, da un lato, la rigidità della Costituzione del 1948 (di modo che la stessa può essere oggetto di deroga e/o modifica solo in applicazione della procedura prevista dall'art. 138 Cost.) e, dall'altro lato, «il valore dell'identità e continuità dell'ordinamento nel tempo, valore che è prima e fuori ma anche, a un tempo, dentro l'ordine costituzionale, in nome del quale si legittima la momentanea messa tra parentesi dell'art. 77 in combinato disposto con l'art. 138» (Ruggeri 1996, 143).

Appare evidente, poi, come la legittimità della deroga alla formale gerarchia delle fonti valga, in ogni caso, solo in quanto l'esercizio della potestà normativa da parte del Governo, nel corso dell'emergenza, sia proporzionata alla reale situazione di fatto; questa «si pone, a un tempo,

⁵³ L'eccessiva brevità del termine, pari a 60 giorni, previsto per la conversione dei decreti legge è stata opportunamente rilevata dalla dottrina e, in particolar modo, da Crisafulli (1984, 84). Ciò ha indotto a sostenere la legittimità della reiterazione dei decreti legge non convertiti, non ostando, a tal proposito, i limiti statuiti dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale (sent. n. 360/1996), in cui il divieto di iterazione e/o reiterazione dei decreti legge risulta essere ancorato all'assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, ciò che, evidentemente, appare difficile nel corso dell'emergenza fino al suo definitivo superamento.



Saggi

come presupposto giustificativo dell'adozione delle norme e come fattore di qualificazione della loro validità» (Ruggeri 1996, 144) e ciò al fine di garantire la prevalenza del diritto rispetto all'anarchia dei (dis)valori (Bonetti 2006, 216 ss.).

La necessità quale fonte-fatto si innesta, in tale prospettiva, non quale realtà rivolta alla negazione dell'ordine costituito; al contrario, tende a porre le condizioni minime per la normale operatività dell'ordinamento, pur essendo "esterna" a questo (Ruggeri 1996, 143).

Del resto, il «diritto non è l'insieme delle statuizioni consacrate in un testo di legge ed operanti pel sol fatto di tale consacrazione, ma quel complesso ordinato di situazioni e rapporti che si raccoglie in un centro d'autorità, e costituisce il diritto vivente, valevole come tale anche se contrastante con quello legale, allorché l'osservazione documenti l'avvenuta sua stabilizzazione» (Mortati 1940, 87).

Così, nella Costituzione, intesa in senso materiale, racchiusa e sintetizzata «nelle forze politicamente organizzate del gruppo sociale che in un determinato momento storico riescono ad interpretare attivamente l'interesse generale della comunità politica» (Mortati 1940, 89), coesistono due ordinamenti, uno ordinario o legale e uno straordinario di fatto, entrambi giuridici.

L'operare, ove inevitabile, del regime d'emergenza⁵⁴ non nega la validità di quello ordinario, che rimane solo parzialmente sospeso⁵⁵.

⁵⁴ Circa i tratti caratteristici propri delle norme emergenziali, sintetizzabili nell'eccezionalità, temporaneità e irretroattività, v. De Minico (2016, 72 ss.).

⁵⁵ La necessità di dover intervenire apponendo limitazioni temporanee ai diritti costituzionali, ai fini di tutela della sicurezza, è naturale conseguenza del rilievo secondo cui



Ne consegue, in definitiva, che il sistema complessivo è sì duplice ma, nel suo complesso, unitario, nel senso di garantire la flessibilità necessaria (mediante integrazioni all'uopo ritenute opportune) per poter fronteggiare situazioni anomale, pur rappresentando un'unica realtà permeata dai valori fondanti una data comunità politica (De Vergottini 1992, 229).

2. La (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà contro tutti i nemici della democrazia e la non negoziabilità del rispetto della dignità dell'uomo (anche) nel corso di una (drammatica) situazione di emergenza

Lo stato di emergenza, sia esso di carattere strettamente militare, ovvero connesso al deflagrare di indiscriminate azioni violente di matrice terroristica, pone gli ordinamenti giuridici ispirati ai principi di fondo del costituzionalismo moderno di fronte alla necessità di predisporre strumenti di prevenzione e/o repressione⁵⁶ che, garantendo un accettabi-

la possibilità di misurare il valore-libertà in confronto con il valore-sicurezza dipende non solo dal numero di libertà di cui normalmente si può disporre, ma anche della loro probabilità di godimento effettivo innanzi a un pericolo che ne attenti la più intima consistenza alle fondamenta. In tal senso si esprime Dell'Acqua (2002, 358).

⁵⁶ Sottolinea De Vergottini (2001 b, 1 s.) che «la guerra, in genere, ha sempre implicato limitazioni ai diritti sia in via di fatto che in virtù della attivazione di leggi legate alla introduzione formale dello stato di guerra. Sotto questo profilo ritengo quindi che scarsa differenza vi sarebbe in caso di aggravarsi della situazione tra introduzione formale e non introduzione dello "stato di guerra". Ciò non toglie che occorrerebbe riflettere sul



Saggi

le livello di sicurezza⁵⁷, non pregiudichino, in modo irrimediabile, il nocciolo duro (De Minico 2016, 95 ss.) dei valori consacrati all'interno delle Costituzioni democratiche⁵⁸ ed espressione, in ultima analisi, di un assetto politico/costituzionale proteso nel senso della salvaguardia e della promozione dei diritti inviolabili dell'individuo⁵⁹.

Mutevoli e cangianti appaiono, in tal senso, i presupposti assiologici, le procedure e i meccanismi previsti all'interno delle Carte fondamentali dei Paesi di ispirazione democratica ove è possibile ravvisare una so-

problema della limitabilità dei diritti: quali sarebbero interessati e attraverso quali misure?».

⁵⁷ Secondo Resta (2006, 2788) «la questione della capacità di resistenza dello Stato di diritto – e della sua struttura garantistica, in quanto forma istituzionale strumentale alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo – di fronte alle sfide derivanti dalle attuali (e sempre più globalizzate) forme di criminalità si ripropone oggi in un contesto mondiale dominato dal sicuritarismo tipico di uno "stato di eccezione permanente" che rinviene una forte copertura simbolica nello slogan della *War against crime*, la cui stessa semantica esprime il progressivo attenuarsi della differenza (che dovrebbe essere ontologica e strutturale, non contingente) tra guerra e diritto».

⁵⁸ «I principi fondamentali di ogni ordinamento giuridico quando sono messi a contatto con le problematiche dell'emergenza e del terrorismo sono spesso posti in una condizione di rischio, di frizione, di difficoltà, di resistenza perché devono essere applicati a fenomeni che di per sé talvolta potrebbero scuoterne le fondamenta». (Bonetti 2006, 13). Invero, «la ricerca della migliore strategia di intervento nella lotta al terrorismo, volta a rispondere nella maniera più efficace possibile alle richieste insistenti di sicurezza da parte dei governati, non deve però giustificare forme di sacrificio, se non addirittura di negazione, di alcuni diritti fondamentali da parte dei governi» (Di Stasio 2009, 1).

⁵⁹ Tra i quali, secondo Viganò (2007, 3967 ss.) rientra il diritto di ciascuno di vivere libero dalla paura; «un bene giuridico – si noti – assolutamente concreto, e di natura originariamente individuale, anche se i suoi titolari possono essere gli individui appartenenti ad intere popolazioni, o a settori significativi delle stesse».



Saggi

stanziale diversità (*rectius*: alterità) degli strumenti di disciplina dello “stato di crisi”⁶⁰.

A monte, si assiste, spesso, peraltro, a una differenziazione in ordine alla natura dell'emergenza, distinguendo lo stato di guerra da altre forme di aggressione all'integrità territoriale, ovvero, più propriamente, alla sovranità statale⁶¹.

Specularmente, lo stesso relativismo sembra inerire il tema della liceità dell'introduzione, nel corso di uno stato di crisi, di specifiche previsioni tese a consentire limitate deroghe al principio di intangibilità dei diritti fondamentali della persona (conferendo ora al potere esecutivo, ora al parlamento, il potere di deliberare in ordine all'adozione di siffatte misure), ancorché si affermi che la loro consistenza, indeterminabile, in senso assoluto, *a priori*, ben possa essere circoscritta entro un perimetro di legittimità (costituzionale) ritenuto in ogni caso invalicabile anche di fronte alle situazioni di emergenza più drammatiche.

Ed invero, il rispetto dei limiti di carattere sostanziale e/o valoriale viene affidato, in tal contesto, ora al controllo politico, proprio di un sistema di governo democratico, svolto dall'assemblea dei rappresentanti del popolo nei confronti dell'organo esecutivo, ora, più propriamente, al sindacato esercitato dai giudici (ordinari e/o costituzionali) in vista della

⁶⁰ In tal contesto, «sembra un'impresa ardua o addirittura impossibile trovare un “nucleo duro” che accomuni le Costituzioni democratiche circa gli strumenti istituzionali previsti dalle stesse Costituzioni nelle situazioni di emergenza» (Bonetti 2006, 121 ss.).

⁶¹ Sottolinea Viganò (2008, 3102) che «guerra e diritti fondamentali sembrano a prima vista concetti antinomici, inconciliabili; e l'antinomia potrebbe apparire davvero insuperabile con riferimento specifico al diritto alla vita, posto che proprio la guerra è la situazione che da sempre legittima l'uccisione del nemico».



Saggi

garanzia della primazia del diritto rispetto all'arbitrio politico, sganciato, quest'ultimo, da qualunque forma di contenimento del potere di (libero e discrezionale) apprezzamento circa l'adozione di misure restrittive delle libertà nel corso della crisi⁶².

Naturalmente, l'instaurazione di veri e propri «stati di eccezione» (Agamben 2003)⁶³, ovvero di «stati di emergenza»⁶⁴, situazioni in cui «l'ordinamento giuridico è sospeso e continuamente infranto» (Bonetti 2006, 158), appare fortemente condizionata dalla natura e consistenza dei poteri conferiti, in ossequio alle procedure formalmente previste all'interno delle diverse disposizioni costituzionali, in ragione della effettiva situazione di necessità concretamente inveratasi, cui corrisponde la precisazione dei limiti di derogabilità e/o sospensibilità delle garanzie costituzionali poste a presidio delle libertà dell'individuo⁶⁵.

E se, nel corso di un conflitto armato, in senso tradizionale inteso, appare lecito immaginare una pervasiva incidenza di eventuali restrizioni ai diritti della persona in vista del superamento dell'emergenza bellica,

⁶² Rileva Bonetti (2006, 237) che «il controllo parlamentare e le garanzie giurisdizionali rappresentano le garanzie essenziali contro la possibilità di un arbitrario comportamento dell'esecutivo e la conseguente implementazione sproporzionata delle misure. Il controllo parlamentare e le garanzie giurisdizionali sono dunque un altro "nucleo duro" che non può mai mancare nell'uso di misure derogatorie».

⁶³ Per una rivisitazione, in chiave critica, dei contenuti dell'opera, v. Zagato (2007, 269 ss.); Id (2006, 138 ss.).

⁶⁴ Per una disamina della nozione di stato di emergenza alla luce del diritto internazionale v. Eboli (2010, 44 ss.).

⁶⁵ Per una disamina, anche in chiave storica, delle varianti in cui può concretizzarsi uno "stato d'eccezione", v. Bonetti (2006, 153 ss.).



Saggi

pur ovviamente, anche in tali casi, non potendosi superare il confine invalicabile della dignità dell'uomo⁶⁶, emergono certamente consistenti (e ulteriori) perplessità anche (*rectius: a fortiori*) in merito alla legittimità, in punto di rispetto dei diritti di libertà dell'individuo all'interno di una società (che ama e suole definirsi) civile, delle misure di carattere repressivo (di matrice penale) (Flora, 2008, 62 ss.) concepite al fine di inasprire la reazione dell'ordinamento in ordine a condotte contraddistinte da una particolare pericolosità sociale⁶⁷ e capaci di attentare alle condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati (De Maglie e Seminara 2007; Kistoris e Orlandi, 2007; Palazzo 2006, 666 ss.).

Secondo una certa impostazione, in difesa delle misure straordinarie (ad esempio) adottate al fine di fronteggiare la protervia del terrorismo, nelle diverse forme violente in cui esso può manifestarsi, si tende a far risaltare la superiorità morale che sta a fondamento della disciplina ec-

⁶⁶ Declinata, quanto meno in senso minimo, nei termini di principio supremo dell'ordinamento (Sacco 2007, 2280 ss.), presupposto di tutti i diritti fondamentali (Tigano 2010, 1749), diritto ad avere diritti (Resta 2008, 1673), incondizionato rispetto della più intima essenza della persona umana, corrispondente alla qualità di uomo in quanto tale (Sacco 2007, 2280), al di là di ogni forma di abiezione, avvilitimento e degradazione fisica e morale.

⁶⁷ In termini dubitativi si pone Savino (2011, 225) secondo cui «is it appropriate, for a liberal democracy, to curb– in the name of national security – the fundamental rights of those who try to destroy our freedoms and democracy and are, thus, perceived as “enemies”? “No, it is not. Liberal democracies are not supposed to betray their own foundational values while defending themselves”. This would be the standard answer that most liberal thinkers would give and defend even when an emergency occurs [...] However, one may find that answer too simplistic, especially when the respondent – the philosopher of the day – does not bear any responsibility for the consequences».



Saggi

cezionale introdotta rispetto al pericolo che si vuole prevenire e ciò, naturalmente, in special modo laddove le norme derogatorie incidano in misura sacrificativa rispetto ai diritti inviolabili della persona che siano essi stessi aggrediti dalla cieca violenza terroristica.

In merito, è stato osservato che «la superiorità morale rivendicata per le misure antiterroristiche dello stato si crede che sia legata al ruolo protettivo che esse svolgono nei confronti dei diritti fondamentali del cittadino previsti dalla legge». In tal senso «l'eventualità di una sospensione dei diritti fondamentali del cittadino è prevista solo quando questa decisione sia strettamente necessaria affinché “la costituzione e la legge”, tanto disprezzate dai terroristi, possano essere “ristabilite e rafforzate”» (Gilbert 1997, 169 ss.).

Sul punto, nel tempo (in particolar modo all'indomani dei tragici fatti che hanno contraddistinto il primo decennio del XXI secolo), ci si è interrogati sull'opportunità e in merito alla legittimità (*rectius*: liceità) degli interventi legislativi intrapresi nel senso di modellare gli strumenti normativi di contrasto al terrorismo internazionale mediante la formulazione di un *corpus* speciale di norme⁶⁸, racchiuse entro la comune nozione di “diritto penale del nemico” (Pagliaro 2010, 2460 ss.; Zumpani 2010, 525 ss.; Mantovani 2007, 470 ss.; Palazzo 2006, 666 ss.; Ferrajoli 2006, 797 ss.;

⁶⁸ Di fronte al pericolo di destabilizzazione del sistema democratico dovuto alla minaccia terroristica, secondo una certa parte della dottrina, compito precipuo di uno Stato di diritto è quello di fornire ogni possibile rassicurazione alla popolazione circa l'efficace e tempestivo contenimento della crisi in atto e l'attitudine e l'idoneità degli strumenti impiegati ad impedire il suo riproporsi. Sul punto, v., *ex multis*, Ackerman (2005, 24 ss.).



Saggi

Pulitanò 2006, 740 ss.)⁶⁹ (o, secondo un'accezione lata, di «dimensione giuridica del nemico» (De Fiores 2004, 2 ss.) «quasi che si possa distinguere un diritto penale del *civis communis*, un diritto penale “del nemico” e, per converso, un diritto penale “dell'amico”» (Flora, 2008, 63).

Secondo siffatta impostazione, verrebbe introdotto all'interno del sistema un titolo di legittimazione a fenomeni di radicale esclusione sociale, capaci di degenerare facilmente in una lotta senza quartiere, conferendo cittadinanza giuridica ad un modello di sicurezza dei cittadini incentrato non sui principi ordinari di un diritto di polizia proprio di uno Stato democratico, bensì su di un assetto di valori radicalmente inconciliabile rispetto alla tradizione giuridica del costituzionalismo moderno.

Il presupposto concettuale di un tale approccio va ricercato, in sostanza, nell'idea secondo la quale i diritti fondamentali della persona, lungi dall'essere *ab origine* riconosciuti e garantiti, vanno affermati con la forza in attuazione di un diritto penale di guerra, applicabile nei confronti del nemico, comunque definito e/o individuato, e idealmente non riferibile, *prima facie*, al cittadino⁷⁰.

⁶⁹ Sottolinea Manna (2004, 1024) che al cospetto di un «crescente bisogno di sicurezza rispetto a pericoli (reali o presunti), si è attribuito, ovviamente, un ruolo centrale al diritto penale, anche in ragione dell'incapacità dei legislatori nazionali di ricorrere, ove possibile, a politiche sociali (e di controllo sociale) di segno diverso. Tale sovraesposizione del penale, rispetto agli altri rami dell'ordinamento, se da un lato induce a riporre in tale strumento aspettative escatologiche, certamente destinate ad essere frustrate se non altro perché le grandi risoluzioni sono sempre il frutto di interventi coordinati del sistema nel suo complesso, mai di un solo settore, dall'altro determina cambiamenti forse irreversibili nella struttura, nelle finalità, nei principi paradigmatici dello stesso diritto penale».

⁷⁰ Circa il rapporto tra diritto penale ed emergenza, con particolare riguardo al bilanciamento tra esigenze preventive e principio di offensività, v. De Minico (2016, 177 ss.).



Saggi

A nulla servirebbe opporre, secondo la descritta prospettiva, il limite consistente nell'insuperabile travalicamento della più intima consistenza dei diritti inviolabili dell'uomo, *in primis* il riconoscimento, a monte, della dignità della persona⁷¹, laddove, per mano del nemico, quegli stessi diritti di libertà siano aggrediti e/o violati⁷².

Si persegue, per tale via, la costruzione di un modello di incriminazione incentrato non sul fatto tipico di reato, secondo una prospettiva di tipo oggettivo, bensì sull'autore della condotta (Flora 2008, 559 ss.) e ciò, in tesi, per meglio fronteggiare la protervia del nemico, pur a costo di affievolire le garanzie proprie di un ordinamento democratico e correre il rischio di indirizzare l'assetto politico/costituzionale dello Stato verso (non più controllabili) derive autoritarie (Bonini 2009, 2216 ss.).

La tendenza che matura a fronte di un siffatto orientamento è quella di introdurre un fattore di intollerabile discriminazione che, «lungi dal realizzare un ponderato bilanciamento dei *conflicting values* in gioco – nella specie, sicurezza e difesa sociale, da un lato e libertà e garanzie individuali, dall'altro – appare finalizzata a garantire univocamente la sicurezza nazionale, a fronte di una sensibile riduzione delle libertà e degli *habeas corpus proceedings*» (Manna 2004, 1024) tradizionalmente riconosciuti ai cittadini, mortificando e discriminando, in tal modo, irragio-

⁷¹ Invero, «la dignità assurge a “fondamento concreto della nuova accezione di cittadinanza, intesa come patrimonio di diritti che appartengono alla persona quale che sia la sua condizione”, con la pienezza di un principio» (Bruzzi 2013, 933).

⁷² In tal senso, si osserva, «la dignità umana non è tanto un “diritto”, quanto il fondamento costituzionale di tutti i diritti che sono collegati allo sviluppo della persona. Si tratta del principio più importante dell'ordinamento democratico, che si fonda sul valore proprio di ogni essere umano». (Lamanna Di Salvo, Gilberti Barbon 2013, 1157 ss.).



Saggi

nevolmente, gli stranieri⁷³, mal visti dall'ordinamento (Tabboni 2006; Cipollini 2002; Bauman 1999) e sospettati magari per il sol fatto di essere nati, cresciuti e/o vissuti in un determinato Paese⁷⁴.

In merito, è stato osservato in senso critico che «la mancata applicazione dei principi di eguaglianza e proporzionalità nei confronti di soggetti meramente sospettati di crimini terroristici rappresenterebbe una delle molteplici cause che allontana l'obiettivo della giustizia globale, creando un vero e proprio *sense of injustice*, supportato dalla necessità di applicare il potere per il raggiungimento di una sicurezza collettiva cieca, eccessivamente innalzata a giustificazione emergenziale» (Zumpani 2010, 528 ss.).

⁷³ Invero, in base ad un diverso approccio, non legato esclusivamente al dato della cittadinanza, «esistono principalmente tre casi nei quali è ammesso considerare il destinatario di sanzioni criminali come un soggetto soprattutto da neutralizzare. Essi sono: a) le ipotesi classiche delle misure di sicurezza; b) i casi che derivano da qualche "emergenza" storicamente e geograficamente circoscritta (anche se talora di estensione globale), da qualche "stato di eccezione" dipendente non solo da situazioni oggettive, ma anche dai tipi di autore di fatti di reato, solitamente collocabili nell'ambito del delitto politico, terroristico, mafioso o della criminalità organizzata; c) le ipotesi di criminalizzazione della guerra: come forma di reato (se illegittima) o di pena (contro autori e complici di atti di terrorismo o di aggressione). Il criminale pericoloso, il terrorista, il nemico esterno o straniero e l'eversore del sistema democratico sono gli archetipi più elementari di questi settori di intervento». (Donini 2006, 742 ss.).

⁷⁴ «Ridotti al rango di non-persone, gli *enemy aliens* divengono soggetti ad uno specifico sottosistema dell'ordinamento penale, autoreferenziale e retto da codici e logiche di guerra. Sembra così profilarsi uno "stato di polizia globale, all'insegna di un maccartismo parimenti globale che rinnova nella patria dell'*habeas corpus* e delle libertà civili il fenomeno sudamericano dei *desaparecidos*"» (Resta 2006, 2788 ss.). In merito alla disamina dei profili contraddistinti da maggiore criticità circa il trattamento giuridico riservato ai c.d. *enemy aliens*, v., *ex multis*, Cole (2003).



Saggi

Dette riflessioni, però, non sarebbero di per sé sufficienti a contrastare compiutamente «se non proprio un diritto penale "del nemico", un diritto penale "dell'emergenza" (e il terrorismo è il "prototipo" dell'emergenza), intriso di concetti emozionali, ispirato al "bisogno di sicurezza" della collettività (diritto penale in funzione di assicurazione dei consociati), affidato a fattispecie indeterminate, plasmabili a piacimento nella prassi applicativa, irrefrenabilmente protese all'anticipazione della soglia di punibilità» (Flora 2008, 63).

In tal senso, è stato rilevato,

chiunque intenda (re)introdurre, o anche solo collocare correttamente nel dibattito penalistico contemporaneo, la categoria del «nemico», quale destinatario delle politiche criminali o penali odierne, può limitarsi ad operare una selezione, circoscrivendo il diritto penale del nemico (accettabile o meno che esso sia) ad alcuni aspetti del diritto contemporaneo: binari paralleli di un fenomeno a più velocità innegabile nei fatti, sistema da tenere rigorosamente separato da quello comune, ma da riconoscere come legittimo, insieme di leggi speciali o eccezionali non inseribili in una logica di sistema se non come stato di fatto o di eccezione, ovvero da riservare al campo di una lettura esclusivamente «critica» e «politica» (Donini 2006, 736 ss.).

Efficacemente, è stato detto, più che di «diritto penale del nemico» dovrebbe parlarsi, allora, di «diritto penale della disuguaglianza»⁷⁵, espressione della ricerca del consenso sociale nel corso dell'emergenza, avvertito come necessario affinché possa essere efficacemente garantita

⁷⁵ Sul punto, per una compiuta disamina, v. Pulitanò (2006, 740 ss.).



Saggi

la sicurezza dei cittadini ed idoneo a legittimare e giustificare la sospensione dei diritti di libertà degli *hostes* (D'Ippolito 2013, 2246 ss.), ovvero l'attivazione di particolari strumenti giuridici predisposti per tali evenienze (Bonetti 2006, 62 ss.).

In tal contesto, certamente, va detto, però, che la sicurezza non rappresenta l'unico valore sovraordinato sull'altare del quale immolare (ogni e) qualsiasi diritto fondamentale, bensì costituisce un auspicabile obiettivo il cui perseguimento passa attraverso un temperamento tra interessi che tenga conto, in ultima istanza, della "inesigibilità" della cessione di una frazione della libertà che si traduca, in sintesi, nel riconoscimento del suo più intimo fondamento assiologico, atteso che «si tratta – comunque – di valori strutturali, connaturati al sistema quale base ideologica di esso e interconnessi, in quanto la democrazia si caratterizza per incentrarsi su uno Stato di diritto che rispetta i diritti dell'uomo» (Pillitu 2003, 57 ss.).

In tal senso, è stato efficacemente rilevato che parlare

di un diritto fondamentale alla sicurezza dei cittadini significa in realtà mascherare con le sembianze del diritto ciò che rappresenta la nuda forza che i diritti fondamentali cercano di contenere. Soprattutto se tale diritto viene concepito come una sorta di presupposto fondamentale di tutti gli altri diritti, per cui non possono esserci diritti senza sicurezza. In questa prospettiva, la sicurezza diviene un concetto nella sostanza onnivoro, destinato a fagocitare lo spazio occupato dagli altri diritti. Si tratta quindi di un rovesciamento del sistema, per cui mentre la regola è che autorità e cittadini si fronteggiano nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra gli obiettivi dell'autorità e le garanzie del cittadino, attraverso il diritto alla sicurezza si viene a determinare una nuova regola secondo la quale le istanze di garanzia



Saggi

dei cittadini vengono riassorbite all'interno dell'autorità (Bartoli 2012, 797 ss.)⁷⁶.

Preservare le caratteristiche essenziali di questo sistema di valori non significa rimanere inermi di fronte al pericolo, bensì consolidare la saldezza dell'*idem sentire* che lega i membri di una società civile che vuole permanere tale anche quando "le forze del male" provino a scardinare, mediante violenza e terrore, le basi assiologiche sulle quali, nel corso dei secoli, faticosamente, è stato costruito lo Stato di diritto⁷⁷.

In ogni caso, il prezzo da pagare sull'altare di un efficiente sistema di prevenzione e repressione di atti violenti di matrice terroristica e/o eversiva (interna e/o internazionale) non può spingersi sino a disattendere lo

⁷⁶ Invero, secondo Frosini (2008, 6) «la sicurezza può qualificarsi come bene inscindibilmente legato alla vita, alla incolumità fisica, al benessere dell'uomo e alla qualità della sua esistenza, nonché alla dignità della persona. Da ciò ne deriva che la sua titolarità oltre che in capo allo Stato, nella forma di interesse a garantire una situazione di pace sociale, è riferibile a ciascun individuo come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento degli altri diritti di cui è titolare in condizioni di sicurezza». Infine, per una compiuta disamina dei diversi profili di interesse nell'ottica di un approccio multilivello in tema di sicurezza, v. Mosca (2012).

⁷⁷ Invero, «per quanto temibile possa essere la violenza del terrorismo, nondimeno essa non può essere ritenuta tanto pericolosa da minacciare l'esistenza delle istituzioni o la sopravvivenza della comunità civile. Infatti per quanto la sopravvivenza dello Stato di diritto fosse stata messa in pericolo in altre epoche, come durante le guerre mondiali nel corso delle quali venne sospesa anche la garanzia dell'habeas corpus, diversamente nell'emergenza dovuta al terrorismo internazionale la minaccia per lo Stato di diritto sembra provenire più dalle misure repressive adottate per contrastare il fenomeno che dal terrorismo stesso» (Fenucci 2012, 19 ss.).



Saggi

spirito che anima i diritti fondamentali della persona⁷⁸, ingenerando, per tale via, una «recessione dei diritti di fronte alla prioritaria esigenza di sicurezza» (Ioppolo 2009, 22), soprattutto in considerazione del fatto che l'eccezionalità che accompagna misure straordinarie ben può tramutarsi, nel medio-lungo periodo, in normalità all'interno di una società che, facilmente, può assuefarsi a una progressiva cessione di frazioni, sempre più consistenti, della propria libertà in nome di una guerra contro un nemico spesso invisibile e, come tale, suscettivo di poter divenire uno spauracchio utilizzabile, a piacimento, strumentalmente⁷⁹, per giustificare inaccettabili restrizioni dei diritti inviolabili dell'individuo⁸⁰.

⁷⁸ Riporta una serrata critica all'impostazione secondo la quale i diritti fondamentali dovrebbero sempre e comunque rappresentare un ostacolo insormontabile a previsioni normative capaci di attentare alla loro più intima essenza, anche di fronte ad uno stato di necessità e/o emergenza, Viganò (2006, 648), secondo il quale «tante persone in buona fede che hanno orrore del terrorismo [...] credono che cose come la legalità, i diritti umani e quello che chiamano (in genere, senza sapere bene cosa sia) lo "stato di diritto" debbano sempre avere la precedenza su tutto: anche sulla salvezza di migliaia di vite umane. Anime candide, queste, che abbonderebbero particolarmente nel nostro Paese, e per le quali lo "stato di diritto" sarebbe "una specie di feticcio davanti a cui ci si dovrebbe solo inchinare acriticamente": anche a fronte di una sfida, come quella lanciata alle nostre società dal jihadismo internazionale, che possiede tutti i caratteri di una guerra, anziché quelli della comune delinquenza».

⁷⁹ Osserva Zumpani (2010, 531 s.), che «la strumentalizzazione politica del rischio di vittimizzazione induce l'identificazione collettiva nel corpo sociale minacciato dal criminale-nemico, rispetto al quale la pena canalizza e sublima il bisogno di una vera e propria vendetta comune. Ciò implica una drastica conseguenza: la neutralizzazione del criminale nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima (collettiva) del reato. Poco importa, poi, se questa spirale ritorsiva garantisca davvero le esigenze dei soggetti in concreto incisi dal reato. La retorica del controllo, traendo legittimazio-



3. La sospensione delle libertà fondamentali nel corso di uno stato di crisi tra norme Cedu e (irrinunciabili) principi supremi dell'ordinamento nazionale.

Limiti insormontabili di natura assiologica derivano, in tal senso, non solo dalle norme costituzionali costituenti il patrimonio valoriale dei moderni Stati democratici⁸¹, ma anche, in particolare, dal diritto internazionale, generale e pattizio, a carattere sia universale che regionale, ove l'eventuale sospensione dei diritti della persona colà sanciti viene aganciata a specifiche e puntuali prescrizioni d'ordine sia sostanziale che procedurale⁸² in cui, in ogni caso, emerge l'inderogabilità, senza condi-

ne dalla logica social-difensiva della segregazione punitiva, non può che disinteressarsi della sorte individuale di chi, per mera contingenza, subisca il reato, da vittima reale».

⁸⁰ «I più temibili avversari della nostra civiltà, verosimilmente, non sono tanto i terroristi che colpiscono le torri gemelle o la stazione di Atocha, quanto i lager di Guantanamo o le prigioni di Abu Ghraib – le cui immagini sinistre minano la nostra stessa legittimazione morale nella lotta contro il terrorismo, oscurando la linea di demarcazione tra vittime e carnefici». In tal senso e per un approfondimento v. Viganò (2006, 665 ss.) e Donini (2006, 742 ss.)

⁸¹ Invero, secondo Bonetti (2006, 25), «anche nei periodi emergenziali primo strumento di difesa della democrazia e del costituzionalismo rispetto alla volontà delle maggioranze politiche del momento è la rigidità delle costituzioni».

⁸² Invero, sottolinea Zagato (2006, 139 s.) che il fatto che «alcuni tra gli strumenti di protezione internazionale dei diritti umani a carattere generale – in particolare il Patto sui diritti economici, sociali e culturali e la Convenzione africana sui diritti dell'uomo – non contengano clausole di emergenza, si spiega senza far ricorso a costruzioni forzate. Non è infatti ipotizzabile che gli Stati legatisi con tali strumenti intendessero rinunciare una volta per tutte ad ogni possibilità di utilizzo della clausola di eccezione; deve invece convenire che essi non intendessero *régler conventionnellement une telle faculté de déroga-*



Saggi

zioni, di un “nocciolo duro” di libertà ritenute coesenziali alla stessa esistenza del principio di umanità e, pertanto, coacervo ineludibile della più intima essenza dell’individuo⁸³.

In questa direzione, assume rilievo preminente la Convenzione europea dei diritti dell’uomo che, espressamente, conferisce agli Stati contraenti la facoltà di adottare ogni misura che sia necessaria al fine di superare uno stato di crisi e/o emergenza anche laddove ciò implichi la temporanea sospensione delle libertà scolpite all’interno della stessa Carta dei diritti, al ricorrere, però, di specifici presupposti e, comunque, nel rispetto di cautele e modalità procedurali ben definite (Eboli 2010, 43 ss.; Cataldi 1983, 3 ss.; Donati e Milazzo 2002).

In merito, l’attenzione degli interpreti sembra essersi concentrata innanzitutto circa la corretta definizione (e differenziazione) dei concetti di guerra e altro pericolo pubblico, ancorché, in relazione ad entrambe le fattispecie, quale requisito costitutivo della legittimità della deroga alle norme convenzionali, debba ricorrere un pericolo che, concretamente, minacci la vita della Nazione⁸⁴.

tion mais qu’ils se sont réservés le droit d’invoquer celles que pourrait éventuellement prévoir le droit international général».

⁸³ Sottolinea Fenucci (2012, 3) che, dopo l’11 settembre 2001, «nel Regno Unito la necessità di coniugare libertà e sicurezza ha prodotto una legislazione tormentata e in continua evoluzione volta a ricercare, pur nell’ambito di un sempre maggior affinamento delle tecniche di contrasto al terrorismo internazionale, la migliore soluzione allo scopo di salvaguardare la sicurezza dei cittadini con il minor sacrificio dei diritti fondamentali degli stessi».

⁸⁴ In merito, sottolinea Zagato (2006, 140) che «la formulazione non è chiarissima: il requisito della minaccia alla vita della nazione deve comunque intendersi richiesto anche



Saggi

Riferendosi al deflagrare di una guerra, si ritiene che detta situazione possa essere riscontrata non solo in caso di «conflitto tra Stati formalmente preceduto da una Dichiarazione, ma» al ricorrere di «ogni conflitto militare a carattere internazionale, dichiarato o meno, o addirittura negato da una delle Parti». (Zagato 2006, 140).

Rientrerebbero, invece, nell'ambito della latitudine semantica dell'espressione «altro pericolo pubblico»⁸⁵, sia le guerre civili, cioè i conflitti armati non a carattere internazionale, estesi all'interno di una parte del (ovvero dell'intero) territorio di un solo Stato, sia «le situazioni di minaccia per gli Stati prodotte dalla globalizzazione del conflitto asimmetrico in corso – il drammatico fenomeno cui ci si riferisce non sempre a proposito come terrorismo internazionale» (Zagato 2006, 140).

Va da sé, poi, che la situazione di pericolo debba risultare concreta e attuale, rappresentando un rischio serio ed effettivo per la continuità della sovranità statale, tale da minacciare la stessa incolumità e/o sopravvivenza dello Stato-Istituzione ovvero dello Stato-Comunità (Zagato 2006, 141).

Ne consegue, quale logico corollario, che la sospensione delle libertà convenzionalmente sancite non possa rivestire carattere preventivo e non possa essere disposta solo in caso di una presunta ed eventuale esposizione a (ipotetici) pregiudizi (Bonetti 2006, 232 ss.).

per il caso di guerra, nel senso che lo stato di guerra non rende automatico il verificarsi della minaccia».

⁸⁵ Deve trattarsi di una «situazione di crisi e di pericolo eccezionale ed imminente che sovrasta l'insieme della popolazione costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità che compone lo Stato». (Bonetti 2006, 232 ss.).



Saggi

Limiti di carattere generale sono inoltre rappresentati dalla esigenza di modulare la natura e consistenza delle deroghe disposte in ossequio a stringenti parametri di necessità⁸⁶, proporzionalità e temporaneità (Bonetti 2006, 232 ss.; Fenucci 2012, 13 ss.), nella misura in cui appaia ineludibile intaccare i diritti fondamentali della persona onde contrastare l'incombente e, potenzialmente soverchiante, pericolo (Anrò, 22 ss.).

Rileva, in tal senso, uno specifico obbligo imputabile in capo agli Stati membri della Cedu di impedire l'iterazione ingiustificata di restrizioni alle libertà del cittadino e, al contempo, di monitorare costantemente il corretto impiego di provvedimenti lesivi dei diritti dell'uomo secondo un criterio di valutazione che sia capace di stimare l'efficacia e la ragionevolezza delle misure afflittive imposte e l'adeguatezza delle stesse rispetto alla reale natura e consistenza dell'emergenza in atto per il tempo che si dimostri essere strettamente necessario (Bonetti 2006, 236 ss.)⁸⁷.

⁸⁶ «La dottrina internazionalistica ritiene che la previsione di questa norma nella CEDU mirerebbe sia a scongiurare un ricorso indiscriminato al principio secondo cui lo stato di necessità opera come limite generale agli obblighi internazionali, nel senso che la condotta imposta da una norma cesserebbe di essere vincolante allorché il rispetto di essa possa mettere in pericolo l'esistenza dello Stato, sia ad evitare che gli Stati membri si ritirino dalla Convenzione al sopravvenire di una situazione di "guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"» (Bonetti 2006, 228 ss.).

⁸⁷ Invero, secondo Costas Trascasas (2009) «affermare che esiste un obbligo implicito a carico dei governi di tenere sotto continuo e costante controllo le misure di emergenza in vigore non sembra sufficiente a soddisfare i limiti che impone il principio di temporaneità. Infatti, questa impostazione, unita all'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati, in pratica potrebbe servire a giustificare il rinnovamento ad infinitum delle misure derogatorie».



Saggi

Ciò, anche alla luce del rispetto degli altri obblighi di diritto internazionale umanitario, universale e/o settoriale, sanciti da norme generali e/o anch'esse di matrice pattizia (Zagato 2006, 142).

Esistono, poi, posizioni di libertà, «presumibile espressione di principi di *ius cogens*» (Bartole, Conforti, Raimondi 2001, 437), non sospensibili né derogabili pur di fronte alle situazioni di emergenza più drammatiche, pena la dissoluzione dei tratti caratteristici indefettibili di un ordinamento giuridico ispirato ai principi di fondo del costituzionalismo moderno: tortura, riduzione in schiavitù e pena di morte risultano certamente bandite agli occhi del diritto della Cedu; al contempo, il principio di legalità e irretroattività *in malam partem* in materia penale sostanziale, nonché il principio del *ne bis in idem*, sotto il profilo processuale, contribuiscono a disegnare i connotati salienti dell'assetto di valori non transigibile⁸⁸.

Invero, a fronte di siffatto (circoscritto e limitato) elenco di «diritti incompressibili e/o resistenti a tutta oltranza», tali anche di fronte all'emergenza, nel tempo la migliore dottrina ha cercato di evidenziare l'esistenza di ulteriori posizioni di libertà⁸⁹ da ritenere, ancorché implicitamente, contraddistinte da un particolare “trattamento di favore” anche al cospetto di gravi pericoli per la vita della Nazione⁹⁰.

⁸⁸ Per una sintesi dei diritti ritenuti inviolabili a norma dell'art. 15 Cedu v. Bonetti (2006, 235 ss.).

⁸⁹ «Ricavabili dalle norme delle costituzioni democratiche, della Cedu e di altre convenzioni internazionali, oltre che dagli ordinamenti giurisprudenziali consolidati» (Bonetti 2006, 241 ss.).

⁹⁰ Ai fini in esame, in merito alla distinzione tra diritti assoluti e diritti soggetti a limitazione, v., *ex multis*, Anrò (2010, 11 ss.).



Saggi

I risultati cui si è giunti non appaiono, però, essere pienamente soddisfacenti, atteso che sembra che sia maturata un'opinione tendenzialmente condivisa con riferimento al solo principio di non discriminazione⁹¹.

Sotto il profilo procedurale, l'art. 15 Cedu dispone, poi, un obbligo di comunicazione delle misure adottate (nonché della cessazione delle stesse) a carico dello Stato che voglia avvalersi della clausola derogatoria⁹².

Sul punto, in merito al controllo esercitato circa il rispetto dei presupposti, sostanziali e procedurali, da parte degli organi convenzionali, in particolare, storicamente, nelle, per la verità non frequenti, occasioni in cui ciò si è verificato (Zagato 2006, 150 ss.; Donati, Milazzo 2002), la Corte Edu ha spesso incentrato le proprie valutazioni valorizzando il

⁹¹ «La conclusione lascia francamente adito a dubbi: non va dimenticato che l'art. 14 CEDU vieta anche le discriminazioni su base politica e di origine nazionale. Ove si considerasse il sottostante diritto implicitamente sottratto alla possibilità di deroga, si arriverebbe a stabilire che il principio di non-discriminazione è maggiormente tutelato a livello regionale europeo che negli strumenti che ne fanno esplicito parametro di liceità della clausola di eccezione. Anche volendo seguire la dottrina prevalente, resta comunque in tutta la sua gravità il fatto che la libertà di pensiero, di coscienza e di religione non costituisce, nel sistema europeo, un diritto cui sia vietato derogare da parte degli Stati» (Zagato 2006, 144).

⁹² Invero, secondo Zagato (2007, 274), la procedimentalizzazione e i limiti posti nell'ordinamento internazionale alla libertà di ricorso nel proprio ordinamento interno allo stato di emergenza da parte dello Stato, con il conseguente sindacato al riguardo di giurisdizioni internazionali, forniscono elementi decisivi contro la teoria del vuoto giuridico, ovvero contro l'impostazione dogmatica che vorrebbe ascrivere entro il novero delle fattispecie prive, per definizione, della possibilità di essere regolate da una disciplina giuridica contraddistinta dal carattere dell'effettività, le situazioni di emergenza culminate in veri e propri stati di eccezione.



c.d. principio del “margine di apprezzamento”⁹³, ovvero la facoltà dello Stato sovrano di soppesare, al meglio, le condizioni di pericolo al ricorrere delle quali ritenere legittime le deroghe eventualmente disposte (Galetta1999, 744 ss.; Sapienza 1991, 571 ss.; Zagato 2006, 148 ss.) in ragione non tanto della «portata astratta del pericolo, quanto piuttosto [del]l’impatto concreto nell’ordinamento giuridico interno alla luce del modo di essere di quest’ultimo e del grado di “assorbimento” del pericolo garantito dagli strumenti ordinari» (Bonetti 2006, 233).

E se «la possibilità per gli Stati di godere di un margine di apprezzamento che consenta loro di valutare in quale caso ricorrano gli estremi della “guerra” o del “pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” trova la sua origine nel diritto bellico, la *martial law* che attribuisce agli Stati una discrezionalità nel riconoscere l’esistenza di una situazione di guerra “esterna” o di grave emergenza “interna”», detta facoltà deriva dal fatto che «lo Stato da un lato è responsabile per la “vita della na-

⁹³ «Il margine di apprezzamento è quel margine in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un “confine” tra misure ammesse (in quanto interne al “margine di apprezzamento”) e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente “mobile”». (Donati, Milazzo 2002). Secondo Arai-Takahashi (2001, 1162 s.) il margine di apprezzamento può essere concepito «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions». Secondo Macdonald (1992, 95 s.), inoltre, «the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention».



Saggi

zione”, e dall’altro è in “continuo e diretto contatto con i bisogni più pressanti del momento”; lo Stato quindi, in virtù di queste sue caratteristiche per così dire ontologiche, si trova in una “miglior posizione” rispetto alla giudice internazionale per decidere se esista una emergenza e quali siano gli strumenti necessari per affrontarla. In quest’ambito lo Stato ha un “ampio margine di apprezzamento”» (Donati, Milazzo 2002).

Per la verità, è stato efficacemente osservato che, pur se l’attributo della sovranità postuli l’insindacabilità delle scelte politiche compiute soprattutto di fronte a un’inveratasi situazione di crisi, ciononostante si può affermare che «in presenza del terrorismo ogni democrazia è tenuta ad un “dovere di serenità” perché il terrorismo ha una vocazione particolare ad esacerbare la funzione repressiva dello Stato a discapito del suo ruolo di protezione delle libertà individuali» (Bonetti 2006, 21 ss.).

In tal senso, un sistema preventivo e/o repressivo/sanzionatorio che sia capace di rispettare il primato del diritto (*rectius*: la primazia dei valori della persona), contribuisce a proteggere e rafforzare le libertà (patrimonio assiologico essenziale per una democrazia) e impedisce a una società di intraprendere un percorso di progressivo imbarbarimento dei costumi.

Così, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze, da un lato, della tutela dell’interesse collettivo e, dall’altro, della salvaguardia delle garanzie individuali, svolge un ruolo decisivo la valutazione condotta in merito alla necessità e proporzionalità delle misure adottate⁹⁴; in tal sen-

⁹⁴ Per una compiuta disamina, sotto diversi profili, della difficile ricerca di un bilanciamento effettivo tra la tutela dei diritti costituzionali e la salvaguardia dell’incolumità pubblica di fronte al dilagare del terrorismo, v., *ex multis*, Cavino, Losano, Tripodina (2009).



Saggi

so, se esigenze di sicurezza collettiva possono giustificare l'adozione di misure restrittive a singoli diritti e libertà, particolarmente grave deve essere il pericolo per il mantenimento dell'ordine pubblico per ammettere il ricorso alla facoltà di deroga che consente di sospendere la garanzia anche di diritti per i quali, in tesi, viene postulata la loro intangibilità⁹⁵.

Perplessità sorgono, in tale direzione, con riferimento alla reale attitudine dei principi di rango convezionale, contemplati all'interno dell'art. 15 Cedu⁹⁶, a spiegare diretta efficacia all'interno

⁹⁵ In merito, per una compiuta disamina della liceità delle misure eccezionali di sospensione delle libertà fondamentali adottate da ciascuno Stato sovrano alla luce del diritto internazionale, v., *ex multis*, Viarengo (2005, 955 ss.); Pillitu (2003, 63 ss.), secondo cui esiste un nucleo di diritti dell'individuo universalmente riconosciuto, che va salvaguardato anche nei confronti dello Stato nazionale in favore di ciascun soggetto mediante l'imposizione di obblighi *erga omnes*, che gravano su ogni Stato nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, in quanto si considera che tutti i soggetti abbiano un interesse giuridico alla loro protezione. Si tratta di obblighi posti da norme generalmente considerate di *jus cogens*, che tutelano valori ritenuti socialmente così importanti da essere sottratti alla libera disponibilità degli Stati e da costituire oggetto di un interesse "oggettivo" al loro rispetto, di forme di protezione "pubblicistiche", basate sulla concorrente potenziale attività degli Stati operanti *uti universi*.

⁹⁶ Secondo Cataldi (1983, 4), la norma *de qua* rappresenta «il tributo che la Convenzione paga alla ragion di Stato, ma è egualmente vero che essa tende a scongiurare un ricorso indiscriminato al principio – di cui è peraltro controversa la natura di vera e propria norma consuetudinaria – secondo il quale lo stato di necessità opera come limite di ordine generale agli obblighi derivanti dal diritto internazionale, nel senso che la condotta imposta da una norma cessa di essere dovuta allorché il rispetto di essa può mettere in grave pericolo l'esistenza dello Stato». Nel definire la nozione di pericolo per la sicurezza dello Stato, nel tempo, è stato possibile ravvisare le seguenti componenti: «a) la gravità del pericolo, il suo carattere eccezionale, il fatto che esso riguardi l'insieme della comunità che compone lo Stato; b) la dimensione spaziale del pericolo, che può essere limitato anche solo ad una porzione del territorio statale; c) l'oggetto del pericolo, che deve



Saggi

dell'ordinamento nazionale a prescindere da ogni limite e/o vincolo di matrice costituzionale.

Pur nel quadro, infatti, di una indubbia correlazione tra protezione dei diritti umani e valore della pace rilevante in seno alla Cedu, in conformità con i precetti propri dell'art. 11 Cost., ciò non sembra possa costituire uno strumento sufficiente a conferire alla norma convenzionale l'attitudine a consentire a ciascuno Stato aderente di derogare alle libertà fondamentali della persona in assenza di una adeguata «copertura costituzionale» (Carnevale 2013, 107 ss.).

Rendere cedevoli i diritti fondamentali della persona a fronte di una situazione di emergenza necessita, in realtà, di una “deliberazione” democratica che permetta di accertare il ricorrere dei presupposti indefettabili giustificativi di una (ancorché momentanea) sospensione e/o deroga ai valori di libertà della persona in quanto «ciò risulti funzionale ad assicurare all'ordinamento la sua salvaguardia, nell'ossequio al principio del *primum vivere*» (Carnevale 2013, 124).

riguardare lo Stato in uno dei suoi elementi fondamentali o perturbare gravemente la vita pubblica [...] infine sono compresi anche i flagelli di ogni origine che riguardino direttamente la popolazione compromettendone seriamente l'esistenza; le origini del pericolo vengono sistematizzate sulla base degli effetti piuttosto che sulla base delle cause [...] e) la dimensione temporale del pericolo: l'imminenza, oltre che la gravità, del pericolo costituisce un tratto saliente dello stato di necessità». Così Benazzo (1993, 1150). Infine, Carnevale (2002, 4515), rileva come il fatto che una norma di diritto internazionale pattizio preveda la derogabilità delle sue disposizioni in caso di emergenza, ciò non significa che il medesimo principio possa essere applicato anche rispetto ai diritti costituzionalmente statuiti, cui la stessa disposizione internazionale «non risulta in alcun modo rivolta».



Saggi

In tal senso, «anche nei periodi emergenziali primo strumento di difesa della democrazia e del costituzionalismo rispetto alla volontà delle maggioranze politiche del momento è la rigidità delle costituzioni» (Bonetti 2006, 25).

Ne deriva che, a fronte della multiforme e cangiante natura e intensità del pericolo da fronteggiare, necessità e proporzionalità (fattori che vanno apprezzati in ragione dell'intensità della compressione dei diritti fondamentali dell'individuo, della durata dell'efficacia delle misure straordinarie disposte solo per il tempo ritenuto strettamente necessario ed essenziale al fine di superare la crisi ed, eventualmente, limitate esclusivamente solo a un'area geografica laddove il pericolo sia colà radicato), della disciplina derogatoria, introdotta al fine di prevenire e/o comunque efficacemente contrastare atti di violenza indiscriminata, costituiscono connotazioni assiologiche di decisioni politiche tese a circoscrivere, per quanto possibile, la discrezionalità degli organi del pubblico potere entro una cornice di legalità (costituzionale) che impedisca il tradimento dei valori sui quali si fonda un ordinamento democratico sull'altare della sua difesa irrazionale contro tutti i possibili nemici⁹⁷.

⁹⁷ In tal senso, si osserva che «in ogni Stato democratico-costituzionale i diritti fondamentali non sono una mero parametro per verificare la legittimità dell'azione dei pubblici poteri, ma ne costituiscono il fondamento sostanziale, il criterio di legittimazione, la sua ragion d'essere e perciò sono ciò su cui – almeno nella sua essenza – ogni maggioranza politica del momento non può decidere, allora i pubblici poteri stessi devono essere costantemente impegnati nel delicatissimo bilanciamento tra il recepire le esigenze della sicurezza rispetto ai rischi per l'esercizio di tali diritti percepiti dalla maggioranza delle persone e l'evitare che le esigenze dell'ordine pubblico, inteso come precondizione per l'esercizio di quei diritti al riparo dei rischi, vanifichino il regolare svolgimento delle procedure democratiche che consentono di attuare la volontà della maggioranza



Saggi

Non necessariamente, quindi, il superamento di una situazione di emergenza richiede, a monte, la fissazione di clausole normative (anche di rango superprimario) che comportino, quasi in termini di automatismo, la deroga ai valori di fondo di un ordinamento in vista della sua protezione in caso di crisi interna e/o internazionale; l'efficacia di clausole di siffatta consistenza, apprezzate, secondo alcuni, alla stregua di una più seria e meditata volontà di proteggere l'immanenza delle libere Istituzioni, potrebbe essere però smentita dai fatti laddove il ricorso a un (disciplinato) regime di eccezione si traduca nell'occasione di tradire la più intima essenza dei principi propri del costituzionalismo moderno comportando l'insorgenza di pericolose derive autoritarie dell'ordinamento (De Minico 2016, 279 ss.; Bonetti 2006, 293 ss.).

Già in seno alle moderne Costituzioni democratiche ben può essere ricavata, difatti, la copertura assiologica, da ricercare in seno al «nucleo duro del costituzionalismo» (Bonetti 2006, 295), onde fronteggiare, anche in via ordinaria, i pericoli di disgregazione derivanti da (drammatiche) situazioni emergenziali pur nel rispetto delle libertà fondamentali della persona.

Del resto, si osserva, l'obiettivo di massima dilatazione dell'effettività dei diritti inalienabili dell'individuo deve essere conseguito attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che tutelano i medesimi diritti e nel necessario bilanciamento con altre libertà fonda-

delle persone liberamente espressa e l'esercizio di ognuno di quei diritti fondamentali di cui è titolare ogni persona, sia come singola sia nelle formazioni sociali cui si svolge la sua personalità, come prevede l'art. 2 della Costituzione italiana» (Bonetti 2006, 39 ss.).



Saggi

mentali, costituzionalmente garantite⁹⁸, suscettibili di essere incise dall'espansione di una singola tutela⁹⁹.

La protezione dei diritti inviolabili deve, dunque, essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate (ed in potenziale conflitto tra loro)¹⁰⁰ e la realizzazione di un equilibrato sistema di tutele non può che essere demandata, in un ordinamento ispirato al principio di legalità (costituzionale), per gli ambiti di rispettiva competenza, al legislatore, al giudice comune e al giudice delle leggi (Häberle 2005, 41).

Nell'ambito di un ordinamento di ispirazione marcatamente democratica, la reale attitudine dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁰¹, così come consacrati all'interno di disposizioni formali, a conformare la condotta dei consociati (e dello Stato-Comunità nel suo complesso) si misura at-

⁹⁸ «Poiché i diritti fondamentali vogliono essere regola, l'“effettività” della norma non è una caratteristica estranea alla loro sostanza» (Häberle 2005, 74 ss.).

⁹⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 317/2009.

¹⁰⁰ «Fermo restando che rango e peso dei singoli beni costituzionali sono diversi tra di loro, non si può giungere ad una “signoria dei valori”, nel senso che i singoli valori giuridici non si affermano uno a scapito dell'altro né si mettono fuori causa tra di loro; una tale signoria è esclusa dall'unitarietà del sistema dei valori, dal rapporto di reciproco condizionamento in cui si trovano i singoli beni giuridici e infine dal carattere costituzionale (!) di questo sistema di valori, cui è proprio l'effetto di coordinamento e di unificazione» (Häberle 2005, 41).

¹⁰¹ «Il riconoscimento dei diritti inviolabili è il frutto del costituzionalismo moderno che ha proceduto alla formulazione di un catalogo di diritti affermando la concezione dell'antiorità logica e della preesistenza dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a ogni potere costituito. Le costituzioni moderne hanno, in particolare, proceduto a strutturazioni di valori e le libertà, ovvero i diritti, sono stati commisurati e relativizzati rispetto a predeterminati valori pubblici o sociali» (Martini 2009, 388).



Saggi

traverso il grado di effettività proprio del precetto all'interno del quale vengono enunciati i diritti di libertà¹⁰².

Ci si domanda, però, se libertà ed eguaglianza possano essere «correttamente declinate quando domina l'insicurezza ed il timore per la propria vita» (Baldassarre 2002, XI) come, ad esempio, in caso di situazioni di crisi interna e/o internazionale.

Anche in siffatte occasioni, però, il rispetto dei diritti fondamentali – che, «come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo» (Jemolo 2008, 63) – passa attraverso una costatante opera di promozione e cura mediante la valorizzazione della cultura della legalità e della responsabilità (Pinelli 2010, 1 ss.), preconditione indefettibile al fine di poter garantire, con metodo democratico¹⁰³, il progresso civile e sociale della Nazione, perfino nel corso dell'emergenza.

Pur se il temperamento tra interessi e valori «non è mai neutrale, tecnicamente asettico, sconta presupposizioni inesprese che lo condizionano e in qualche misura ne prefigurano l'esito» (Colaiani 2009, 595), esso «può essere ricostruito come un'attività che, pur contenendo

¹⁰² "Attraverso l'esercizio individuale dei diritti fondamentali si realizza un processo di libertà che costituisce un elemento essenziale della democrazia. La democrazia liberale tutela i diritti fondamentali in sé e per sé. Tramite l'esercizio dei diritti fondamentali si apportano alla totalità dello Stato delle forze creative indispensabili". (Haberle 2005, 51).

¹⁰³ Evidenzia la correlazione tra la forma di governo democratico e la costante attuazione della Costituzione Ferrajoli (2010, 2803).



Saggi

dei margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, ed anzi è controllabile razionalmente» (Pino 2003, 580).

Nel quadro di un assetto politico-costituzionale incentrato sui principi propri del costituzionalismo moderno, ordinariamente, l'onere di provvedere alla predisposizione di criteri assiologici in applicazione dei quali giungere alla corretta commisurazione dei diversi valori in gioco¹⁰⁴, in ossequio, naturalmente, alle norme cardine, di rango superprimario, su cui si regge l'intero ordinamento¹⁰⁵, compete alla legge (anche, se necessario, di rango costituzionale) che «non è chiamata a delimitare dall'esterno un'area di libertà altrimenti tendenzialmente illimitata, presidiando quest'ultima con congegni ed istituti di protezione, ma a "conformare" il delicato equilibrio fra il valore espresso dal diritto e quei soli valori che sono, nel sistema costituzionale, altrettanto primari, da poter essere configurati come limiti "immanenti" al diritto medesimo» (Ridola 1997, 8).

È pur vero, però, che, già solo con riferimento alla ricerca del giusto bilanciamento tra siffatti principi, suscettivi di poter ingenerare profonde lacerazioni, in astratto di natura assiologica e, in concreto, di carattere politico/sociale, all'interno di una data comunità, appaiono evidenti le difficoltà di un ordinamento di giungere a soluzioni tendenzialmente

¹⁰⁴ Parla di «gerarchia assiologica mobile» Guastini (1998, 621 ss.).

¹⁰⁵ Secondo Cerri (2009, 516), «il bene costituzionale suscettibile di essere protetto, a questi fini, deve integrare, ovviamente, un principio supremo del sistema, non potendo altrimenti risultare opponibile ad un diritto essenzialissimo come quello in esame oltre ad essere irrimediabilmente leso». Per una disamina, in chiave comparata, dei «valori di una società libera e democratica» quali parametri sulla base dei quali svolgere il bilanciamento tra interessi pubblici e privati fondamentali, v. Rodriguez (2008, 254 ss.).



Saggi

condivise anche laddove il confronto tra i diversi interessi in gioco sia condotto senza porre in discussione i valori di fondo di un determinato assetto costituzionale messo alla prova di fronte a situazioni emergenziali.

Il tema dell'effettività delle posizioni di libertà del cittadino nei confronti della pubblica autorità, quale principio che sorregge e informa di sé un ordinamento giuridico moderno, difatti, «pare abbastanza sfuggibile, sia quanto alla nozione di riferimento accettabile, sia quanto alla sua concreta applicazione» (Terracciano 2011, 3791).

A fortiori, di fronte all'estrema "vaghezza ed eterogeneità" dei (possibili) fattori di pericolo di disgregazione dell'ordine costituito, onde non smarrire il senso più profondo dei principi di democrazia radicati all'interno della Costituzione, si dimostra indispensabile frapporre una salda cornice assiologica di fondo, suscettiva di poter essere sintetizzata nell'*idem sentire de re publica*, entro cui ciascun individuo si riconosce ed in vista della cui salvaguardia avverte e promuove l'insopprimibile esigenza di difendere la Patria, «sacro dovere del cittadino»¹⁰⁶, fino al com-

¹⁰⁶ In merito, v., *ex multis*, Bettinelli (1992, 70 ss.) e Barone (1987, 1 ss.) secondo il quale, in particolare, «l'attribuzione al cittadino del dovere di difendere la Patria non può, a fortiori, non includere i pubblici poteri responsabili; con l'ulteriore conseguenza, che la violazione di tale dovere ad opera del Governo, responsabile della funzione di alto comando, ove quest'ultimo non assolva, per quanto in suo potere, al predetto compito di difendere lo Stato, potrà comportare, oltre l'ovvia responsabilità politica di fronte alle Camere, anche la messa in stato d'accusa, ai sensi dell'art. 96 Cost., del Presidente del Consiglio e dei Ministri titolari dei dicasteri direttamente interessati alla difesa, per il reato di attentato alla Costituzione e alto tradimento; e, per le stesse fattispecie, sarà, altresì perseguibile il Presidente della Repubblica qualora, emanando nella sua qualità di Comandante delle forze armate, atti propri della funzione di comando, abbia avallato la



Saggi

pimento dell'estremo sacrificio, pur senza disattendere, in nome di una suprema ragione di Stato, il nocciolo duro dei diritti di libertà sui quali si regge la più intima essenza di un ordinamento liberale¹⁰⁷.

Matura, in tal contesto, l'esigenza di apprezzare l'idoneità e l'attitudine del regime giuridico vigente all'interno di un ordinamento, ispirato ai principi propri del costituzionalismo moderno, a custodire, secondo l'accezione classica (Gueli 1959, 69; Ballardore Pallieri 1964, 226), l'indipendenza (*rectius*: l'indefettibile attributo della sovranità)¹⁰⁸ dello Stato e la preservazione, nel tempo, delle libere Istituzioni da cui è com-

condotta colpevolmente negligente del Governo, omettendo di esercitare, su di essi, il necessario controllo costituzionale a lui spettante».

¹⁰⁷ Invero, la sospensione dei diritti costituzionali mediante un apposito atto legislativo, a fronte di una situazione straordinaria di emergenza, costituisce oggetto di ampio dibattito in dottrina giammai sopito perché capace di involgere i principi di fondo che presiedono ad un modello di salvaguardia delle libertà fondamentali incentrato su di un nucleo duro di valori e principi che devono essere ad ogni costo preservati e difesi. Il loro possibile (ancorché solo momentaneo), disconoscimento, infatti, dovuto all'introduzione di misure temporanee finalizzate a contrastare una situazione di pericolo, equivale semplicemente alla loro sconfitta, allo loro soggezione al male contrastato (Albanello 1981, 276 ss.; Barak 2002, 3385 ss.; Battaglini 1982, 404 ss.; Bon Valsassina 1957, 531 ss.; Ceccanti 2001, 2113 ss.; Franciosi 2002, 77 ss).

¹⁰⁸ «L'attributo della sovranità, come proprio dello Stato, può essere inteso in due diversi significati, anche se fra loro collegati. In un primo significato la sovranità caratterizza l'ordinamento giuridico dello Stato come originario e indipendente. In una seconda accezione la sovranità si identifica con la supremazia dell'ordinamento statale (e dell'apparato autoritario da esso istituito) rispetto agli altri ordinamenti minori. Ora, indipendenza ed originarietà, da una parte, e supremazia, dall'altra, dell'ordinamento appaiono tra loro strettamente interdipendenti, ove si consideri che un ordinamento in tanto è supremo in quanto trovi in se stesso la forza coattiva e la capacità per mediare gli interessi in conflitto e per fare osservare gli atti dell'autorità» (Martines 1998, 185 ss.).



Saggi

posto (Pellegrino, Rosin, 1981, 47)¹⁰⁹, nonché la «conservazione del corpo sociale» (Jellinek 1949, 737), costituito dal popolo¹¹⁰ (ovvero da coloro i quali sono legati al potere sovrano in forza del vincolo della cittadinanza)¹¹¹, senza, per ciò solo, disconoscere le fondamenta valoriali su cui esso stesso si regge (Piazza 2001, 812 ss.; Cocozza 1988, 1 ss.; Giardina 1979, 110 ss.).

¹⁰⁹ Evidenzia Maggi (1981, 198) che «quello che è in questione nella guerra non è la cosiddetta fortuna delle armi poiché questa ridurrebbe il dramma della storia ad un gioco d'azzardo ma è l'esistenza stessa dell'autorità nella sua ideale natura poiché ogni negazione di universalità della ragione e della giustizia è l'immediata negazione dell'autorità. La guerra che pare ed è una così vasta prova di forza, è invece la dimostrazione della vitalità e dell'universalità dell'ordine della giustizia. Siano guerre religiose o economiche o nazionali, esse avvengono perché l'ordine della giustizia è violato tra le genti e l'autorità offendendosi o difendendosi deve proteggere sé stessa attuandosi».

¹¹⁰ Richiamando un approccio filosofico in voga durante l'800, sottolinea Federici (2013, 207) che «nell'esistenza di un popolo lo scopo sostanziale è di essere uno Stato e di mantenersi come tale».

¹¹¹ Invero, «gli strumenti embrionali di difesa dell'ordinamento si identificano proprio nella definizione dei reciproci rapporti tra cittadini e dei diritti e doveri di ciascuno di essi nei confronti della collettività. Assurgono, a salvaguardia di interesse di conservazione dell'ordinamento, a rango di fondamentali doveri politici l'osservanza delle leggi e della Costituzione, la fedeltà alla Repubblica (art. 54 I comma Cost.) e la difesa della Patria (art. 52 I comma Cost.) che coinvolgono ogni cittadino, quali che siano le sue condizioni individuali e sociali [...]. Alla stregua di quanto precede non sembra inesatto affermare che con la previsione dei doveri politici di difesa della Patria, di fedeltà alla Repubblica e di osservanza delle sue leggi, è proprio un contributo alla "salvaguardia delle libere istituzioni" quanto la Costituzione richiede ad ogni cittadino. Il termine "istituzioni" viene qui assunto nella sua accezione più lata, quale insieme non solo di istituti, ma anche di ordinamenti fondati o, comunque, riconosciuti dalla legge e anche di singoli principi e norme che disciplinano un determinato fenomeno, così da risultare sinonimo di un ordinamento giuridico nel suo complesso» (Pellegrino e Rosin 1981, 49).



Saggi

In una siffatta prospettiva, la salvaguardia dell'integrità delle libere Istituzioni e della cornice assiologica sulla quale esse si reggono - condizione primaria della conservazione della comunità composta da soggetti avvinti dal medesimo *idem sentire de re publica* - rappresenta «un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri»¹¹², il quale, proprio perché "sacro" (e, quindi, tra l'altro, connotato da una valenza di ordine eminentemente etica e morale), si collega, intimamente e indissolubilmente, alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica¹¹³.

La tutela e la promozione dei valori di indipendenza e libertà, nei quali si riconosce il nostro assetto politico/costituzionale, richiedono, quindi, «l'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane»¹¹⁴.

¹¹² Sottolineano Brunelli e Mazzi (2007, 163) che, «in astratto, il bene della difesa della Patria deve essere considerato prevalente, nel sistema costituzionale, rispetto a qualsiasi bene individuale: al militare può essere legittimamente chiesto se la difesa della Patria lo esige di affrontare il "rischio di sacrificare la vita"».

¹¹³ Secondo Bartole (1997, 9) «il Costituente italiano ha optato a favore di una concezione civile della Nazione, nel senso che l'appartenenza alla Nazione non è fondata sul legame etnico che, pur implicando un riferimento a tradizioni storiche e culturali, rinvia in ultima istanza a legami di terra e sangue, ma si identifica con l'accettazione volontaria di dati valori civici e costituzionali della nostra comunità statale. Si tratta di una concezione di ben precisa ascendenza europea occidentale, nettamente diversificata dalle concezioni mitteleuropee volte, per un verso o per l'altro, a sottolineare appunto la rilevanza dei vincoli tra terra e sangue ai fini dell'appartenenza nazionale».

¹¹⁴ Denota le interrelazioni tra il concetto di fedeltà e il dovere di difesa della Patria Lombardi (1968, 177) secondo cui «la differenza tra dovere di difesa e dovere di fedeltà si delinea assai netta: la difesa presuppone la fedeltà, ma mentre questa opera in ogni ambito di rapporti dell'ordinamento [...] la difesa rappresenta un più circoscritto, ma più penetrante, mezzo di tutela in estrema istanza dello Stato come complesso unitario, indipendentemente dalle sue caratterizzazioni ideologiche, visto nei suoi rapporti esterni, con specifico riferimento al fatto bellico, considerato nelle sue manifestazioni prodromi-



Saggi

In definitiva, in tempo di pace così come nel corso di un'emergenza bellica e/o derivante da uno stato di crisi interno, matura il convincimento della necessità di pervenire alla salvaguardia della "*salus rei publicae*" mediante l'impiego di strumenti che consentano di evitare di incorrere nel pericolo di disconoscere i valori di fondo nei quali si sintetizza la più intima essenza di uno Stato democratico, pena la sua dissoluzione anche in caso di vittoria contro il nemico, conseguita al prezzo di involgere in un regime autoritario, condizione di assoluta negazione delle libertà che, per tale via, si è, asseritamente, inteso difendere.

che, nel suo svolgersi, e nelle sue conseguenze collaterali». Invero, «prevedendo il dovere di fedeltà alla Repubblica, la Costituzione introduce una domanda di fedeltà al cittadino nei confronti non solo dell'entità statuale – in senso contingente – materiale (verso cui peraltro la fedeltà si concreta attivamente nella difesa civile e militare del territorio lato sensu inteso...) ma altresì delle sue fondamenta costitutive». Così e per un approfondimento circa le quattro possibili declinazioni del dovere di fedeltà, v. Panizza e Stradella (2013, 399 s.). Per una disamina del dovere di fedeltà alla luce dei lavori preparatori in Assemblea costituente v. Morelli (2013, 71 ss.).



Bibliografia

- Ackerman, B. (2005), *La costituzione d'emergenza*, Roma: Meltemi.
- Agamben, G. (2003), *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Albanello, C. (1981), *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Giur. Merito*, I, p. 276 ss.
- Angiolini, V. (1988), *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova: Cedam.
- Anrò, I. (2010), *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. Odenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, F. Costamagna, L. Mola, L. Poli (cur.), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, pp. 7-28.
- Arai-Takahashi, Y (2001), *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, p. 1162 ss.
- Baldassarre A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Bari: Laterza.
- Balladore Pallieri, G. (1964), *Dottrina dello Stato*, II ed., Padova: Cedam.
- Barak, A. (2002), *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, p. 3385 ss.
- Barone, A. (1987), *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte I*, p. 643 ss.
- Barone, A. (1988), *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte II*, p. 1 ss.



Saggi

Barrera, P. (1987), *Parlamento e politiche di sicurezza: tendenze e prospettive*, in *Quad. Cost.*, p. 281 ss.

Bartole, S. (1997), *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo*, in *Dir. Pubbl.*, p. 9 ss.

Bartole, S., Conforti, B., Raimondi, G. (2001) (cur.), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova: Cedam.

Bartoli, R. (2012), *"Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 03, p. 794 ss.

Battaglini, G. (1982), *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, I, p. 404 ss.

Bauman, Z. (1999), *La società dell'incertezza*, Bologna: Il Mulino.

Benazzo, A. (1993), *Convenzione europea, misure d'emergenza e garanzie giurisdizionali dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, p. 1141 ss.

Bettinelli, E. (1992), *Art. 52*, in G. Branca, (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, p. 70 ss.

Bilancia, F. (1993), *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. Cost.*, p. 3012 ss.

Bonetti, P. (2006), *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna: il Mulino.

Bonini, S. (2009), *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 05, p. 2216 ss.

Bon Valsassina, M. (1957), *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, p. 531 ss.

Brunelli, D., Mazzi, G. (2007), *Diritto penale militare*, Milano: Giuffrè.

Bruzzi, N. (2013), *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, p. 933 ss.



Saggi

Capotosti, P. A. (2003), *Le politiche della sicurezza: i nuovi equilibri tra Parlamento e Governo*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee* (pubbl. 2008), Padova: Cedam, pp. 89-113; testo consultabile su <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/capotosti.html>.

Carlassare, L. (2000), *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti (cur.), *Nato, Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano: Giuffrè.

Carnevale, P. (2002), *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, p. 4509 ss.

Carnevale, P. (2013), *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli: Editoriale scientifica.

Cassese, A. (1975), Art. 11, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione, Artt. 1/12 Principi Fondamentali*, Bologna: Zanichelli, p. 565 ss.

Cataldi, G. (1983), *La clausola di deroga della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Europeo*, p. 3 ss.

Cavino, M., Losano, M. G., Tripodina, C. (2009) (cur.), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Torino: Giappichelli.

Ceccanti, S. (2001), *L'Italia non è una democrazia protetta, ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2113 ss.

Cecchetti, M. (1993), *Il "ripudio della guerra" contenuto nella carta costituzionale alla luce del diritto e della prassi internazionale*, in *La Com. Int.*, p. 284 ss.

Cerri, A. (2009), *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano: Giuffrè.



Saggi

Cherchi, B. (1981), *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, p. 1108 ss.

Cipollini, R. (2002) (cur.), *Percezione dello straniero e pregiudizio etnico*, Milano: Franco Angeli.

Cocozza, F. (1988), *Assedio (stato di)*, (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, III vol., Roma: Treccani, p. 1 ss.

Colaiani, N. (2009), *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, p. 594 ss.

Cole, D. (2003), *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York: The New Press.

Colonna, F. (1967), *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, p. 263 ss.

Costas Trascasas, M. (2009), *Lotta al terrorismo internazionale e deroghe alla CEDU di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2), leggibile in <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/DUDI-2-2008-Costas-Trascasas1.pdf>.

Crisafulli V. (1984), *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova: Cedam.

Curti Gialdino, A. (1992), *Guerra (diritto internazionale)* (voce), in *Enc. Dir.*, XIX vol., Milano: Giuffrè, p. 849 ss.

Dell'Acqua, C. (2002), *Il diritto alla sicurezza nel nuovo ordine internazionale*, in *Quad. Cost.*, 2, p. 356 ss.

De Fiores, C. (2004), *La revisione dei codici militari: una riforma per la guerra*, in www.costituzionalismo.it, 26 febbraio.

De Maglie, C., S. Seminara, (cur.) (2007), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova: Cedam.



Saggi

De Minico, G. (2016), *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli: Jovene.

De Vergottini, G. (1971), *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano: Giuffrè.

De Vergottini, G. (1992), *Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*. In *marginale al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e Società*, p. 217 ss.

De Vergottini, G. (2001 a), *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rass. Parl.*, p. 275 ss.

De Vergottini, G. (2001 b), *La guerra contro un nemico indeterminato*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 ottobre.

De Vergottini, G. (2003), *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee* (pubbl. 2008), Padova: Cedam, testo leggibile su <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/devergottini.html>.

D'Ippolito, E. (2013), *La sentenza "Diaz", tra pulsioni in malam partem e tipi d'autori "simpatichi" e "antipatici": qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. pen.*, 6, p. 2240 ss.

Di Stasio, C. (2009), *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano: Giuffrè.

Donati, F., P. Milazzo (2002), *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Atti del convegno La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html>



Saggi

Donini, M. (2006), *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. Pen.*, 2, p. 735 ss.

Eboli, V. (2010), *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano: Giuffrè.

Fabbrini, F. (2009), *Silent enim leges inter arma? La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia Europea nella lotta al terrorismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 03, p. 591 ss.

Federici, R. (2013), *Guerra o diritto?*, Napoli: Editoriale scientifica.

Fenucci, T. (2012), *Sicurezza e diritti fondamentali nel Regno Unito*, in www.comparazionedirittocivile.it.

Ferrajoli, L. (2006), *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, p. 797 ss.

Ferrajoli, L. (2010), *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, p. 2771 ss.

Ferrari, G. (1970), *Guerra (stato di)* (voce), in *Enc. Dir.*, XIX vol., Milano: Giuffrè, p. 817 ss.

Finocchiaro, F. (1975), *Art. 19*, in Branca, G. (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, p. 238 ss.

Flora, G. (2008), *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, p. 62 ss.

Flora, G. (2008), *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 559 ss.

Franciosi, G. (2002), *Emergenza terrorismo e diritti di libertà*, in *Quad. Cost.*, I, p. 77 ss.

Frosini, T. E. (2008), *I diritti dichiarati sul serio*, in *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, Macerata: LiberiLibri, leggibile in www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2009/Frosini.pdf.



Saggi

Galetta, D.U. (1999), *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, p. 744 ss.

Gargiulo, P. (2002), *La guerra: profili di diritto internazionale*, in AA. VV., *La guerra. Profili di diritto internazionale e diritto interno*, Quaderni 3, Università degli Studi di Teramo, Napoli: Editoriale scientifica, p. 62 ss.

Gianformaggio, L. (1992), *La guerra come negazione del diritto*, in *Dem. e Dir.*, p. 271 ss.

Giardina, A. (1979), *Art. 78*, in G. Branca, (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, p. 94 ss.

Gilbert, P. (1997), *Il dilemma del terrorismo*, Milano: Feltrinelli.

Guastini, R. (1998), *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, p. 621 ss.

Gueli, V. (1959), *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto*, Roma: Società Editrice del Foro Italiano.

Häberle, P. (2005), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma: Carocci.

Insolera, G. (2006), *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, p. 895 ss.

Ioppolo, A. (2009), *La repressione del terrorismo internazionale nella recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, Torino: Giappichelli.

Jellinek, G. (1949), *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano: Giuffrè.

Jemolo, C.A. (2008), *Che cos'è la Costituzione*, Roma: Donzelli.

Kostoris, R. e Orlandi, R. (2007) (cur.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino: Giappichelli.



Saggi

Lamanna Di Salvo, D. E. Gilberti Barbon, (2013), *Spunti di riflessione sull'interpretazione dell'art. 51 cost.*, in *Giur. merito*, 05, p. 1157 ss.

Lombardi, G. (1968), *Fedeltà (diritto costituzionale)* (voce), in *Enc. Dir.*, XVII vol., Milano: Giuffrè, p. 165 ss.

Macdonald, R.ST.J. (1992), *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, p. 95 ss.

Maggi, V. (1981), *Le nozioni costituzionali di tempo di guerra e stato di guerra*, in *Rassegna Giustizia Militare*, p. 187 ss.;

Mancini, M. (2009), *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino: Giappichelli.

Manna, A. (2004), *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 04, 1022 ss.

Mantovani, F. (2007), *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 470 ss.

Marazzita, G. (2003), *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano: Giuffrè.

Martines, T., (1998), *Diritto costituzionale*, IX ed. (a cura di G. Silvestri), Milano: Giuffrè.

Martini, F. (2009), *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 02, p. 377 ss.

Modugno, F., D. Nocilla (1988), *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Studi in Onore di M.S. Giannini*, III vol., Milano: Giuffrè, p. 515 ss.



Saggi

Morelli, A., (2013), *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano: Giuffrè.

Mortati, C. (1940), *La Costituzione materiale*, Milano: Giuffrè.

Mosca, C. (2012), *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova: Cedam.

Motzo, G. (1958), *Assedio (stato di)* (voce), in *Enc. Dir.*, III vol., Milano: Giuffrè, p. 250 ss.

Pagliaro, A. (2010), *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, p. 2460 ss.

Palazzo, F. (2006), *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, p. 666 ss.

Panizza, S., E. Stradella, (2013), *Diritto Pubblico*, 2013. Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli.

Pellegrino, B., G. Rosin (1981), *Profili costituzionali in tema di compiti di difesa interna dell'ordinamento da parte delle Forze Armate*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, I, p. 43 ss.

Piazza, M. (2001), *L'illegittima «sospensione della Costituzione» prevista nel c.d. «Piano Solo»*, in *Giur. Cost.*, p. 804 ss.

Pillitu, P.A. (2003), *Le sanzioni dell'unione e della comunità europea nei confronti dello Zimbabwe e di esponenti del suo governo per gravi violazioni dei diritti umani e dei principi democratici*, in *Riv. dir. internaz.*, 1, p. 55 ss.

Pinelli, C. (2010), *Libertà e responsabilità*, in www.rivistaaiic.it.

Pinna, P. (1988), *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano: Giuffrè.

Pinna, P. (1993), *Guerra (stato di)* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VIII vol., p. 49 ss.



Saggi

Pino, G. (2003), *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, 6, p. 577 ss.

Pulitanò, D. (2006), *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, p. 740 ss.

Rapetto, U., R. Di Nunzio (2001), *Le nuove guerre*, Milano: Rizzoli.

Resta, F. (2006), *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. merito*, 12, p. 2785 ss.

Resta, F. (2008), *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giur. merito*, 06, p. 1673 ss.

Ridola, P. (1997), *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino: Giappichelli.

Rigano, F. (2002), *La guerra: profili di diritto costituzionale interno*, in AA.VV., *La guerra. Profili di diritto internazionale e diritto interno*, Napoli: Editoriale Scientifica, p. 3 ss.

Rodriquez, A.S. (2008), *La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, in G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano: Giuffrè, p. 241 ss.

Rolla, G. (2010), *Il sistema costituzionale italiano. Volume I. L'organizzazione costituzionale dello Stato*, Milano: Giuffrè.

Romano, S. (1950) *Scritti minori*, Milano: Giuffrè.

Romano, S. (1969) *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in Id., *Lo stato moderno e la sua crisi*, Milano: Giuffrè.

Ronzitti, N. (1993), *Diritto internazionale per Ufficiali della Marina Militare*, Roma: CeMiSS.



Saggi

Ronzitti, N. (1993), *Guerra*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VIII vol., p. 17 ss.

Ruggeri, A. (1996), *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino: Giappichelli.

Sacco, F. (2007), *Il consenso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e il conflitto tra dignità e libertà*, in *Giur. cost.* 03, p. 2280 ss.

Sapienza, R. (1991), *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Int.*, p. 571 ss.

Savino, M. (2011), *Enemy Aliens" In Italy? The Conflation Between Terrorism And Immigration*, in *Italian Journal of Public Law*, p. 225 ss.

Scudiero, M. (1969), *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli: Jovene.

Sereni, A. (1963), *Il concetto di guerra nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Riv. Dir. Int.*, p. 537 ss.

Serra, G. (6 giugno 2011), *Sul "diritto" di ribellione. Riflessioni a margine delle recenti sollevazioni popolari dal Nord Africa al Golfo Persico, con particolare riferimento al caso della Libia*, in www.costituzionalismo.it.

Stelia, F. (1981), *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, p. 320 ss.

Stelia, F. (2005), *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 03, p. 938 ss.

Stellacci, P. (1951), *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *La Giustizia Penale*, I, p. 332 ss.

Tabboni, S. (2006), *Lo straniero e l'altro*, Napoli: Liguori.

Terracciano, G. (2011), *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici*, in *Foro Amm TAR*, p. 3791 ss.

Tigano, V. (2010), *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 04, p. 1749 ss.



Saggi

Viarengo, I. (2005), *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Riv. dir. int.*, p. 955 ss.

Viganò, F. (2006), *Terrorismo, Guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 02, p. 648 ss.

Viganò, F. (2007), *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 10, p. 3953 ss.

Viganò, F. (2008), *Missioni militari all'estero e uso legittimo delle armi alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 7-8, p. 3092 ss.

Von Clausewitz, C. (2000), *Della Guerra*, Rusconi, G.E. (2000) (cur.), Torino: Einaudi.

Zagato, L. (2006), *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *DEP. Deportate, esuli e profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, 5-6, p. 138 ss.

Zagato, L. (2007), *A proposito dello stato di eccezione. Contributo critico di un internazionalista intorno alla monografia di Agamben*, in *DEP. Deportate, esuli e profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, 7, p. 269 ss.

Zumpani, F. (2010), *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, 10, p. 525 ss.



Abstract

The State of Emergency and the (Necessary) Firmness of Freedom Values in a Democratic Order

The state of emergency, be it strictly military character, or connected with the outburst of indiscriminate violent acts of terrorism, puts legal systems, inspired by the basic principles of modern constitutionalism, in the difficult position to provide tools for prevention and / or repression, that ensure an acceptable level of safety and do not compromise, irreparably, the hard core of the values enshrined in democratic constitutions.

This implies the need to identify *a priori* appropriate bodies to approve the state of siege and involves the logical corollary to define the official and substantial limits, within which the (temporary) suspension of fundamental human rights can possibly be arranged, in order to find the right balance including the need to preserve the immanence of free institutions, without, at the same time disclaiming and / or mortifying the axiological foundations on which they themselves are ruled, in view of the affirmation of a political/constitutional settlement directed to the sense of protection and promotion (even towards enemies) of the individual's inviolable rights.

Keywords: Terrorism; fundamental rights; emergency powers.



In the Fight Against Terrorism, Does Article 15 of the ECHR Constitute an Effective Limitation to States' Power to Derogate From Their Human Rights Obligations?*

di Martina Elvira Salerno **

1. Introduction

International terrorism is not a new phenomenon. Indeed, after the 9/11 terrorist attacks in the US, this threat has become one of the most pressing political and legal problems, at both national and international level. In this context, the maintenance of national security is seen as be-

* This paper, that inspired the talk at the international workshop *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26th-27th September 2016), had already been published for the most part in the legal journal *Giurisprudenza Penale* (April 2016). For this reason, it has not undergone a new peer review.

** PhD student in Legal Sciences – Criminal Law at the University of Parma; LLM in International Law Crime, Justice and Human Rights – University of Birmingham.



ing one of the most important duties of states, which are unable to face this threat through the application of the ordinary laws. For this reason, they have been willing to sacrifice their commitment to ideals of fundamental justice, in order to strike a balance between the fight against terrorism and the protection of human rights. In this respect, derogation clauses, provided by international and regional human rights treaties, have been considered one of the means of achieving this balance.

2. Derogation in time of emergency

2.1. Reasons behind derogations

How can democratic states face terrorism? When it comes to challenge a great threat, as terrorism, states tend to adopt a number of counter-terrorism measures, for instance by passing a special law, entrusting extraordinary powers to the executive or declaring a state of emergency. Most international and regional treaties contain a specific provision which allows states to derogate human rights obligations in exceptional circumstances. Apparently, it seems a contradiction, since these treaties have been drafted with the main purpose of protecting human rights. However, the existence of derogation clauses can be historically explained with reference to the tragedy of the Second World War (Cowell 2013). The necessity to combat totalitarian regimes was considered a valid reason to restrict States' sovereignty, by including in the human rights treaties a mechanism to secure public order and to avoid the suspension of individuals' rights for reasons of state (McDonald 1997).



Saggi

Indeed, the Latin expression *salus populus suprema lex* indicates that one of the fundamental aims of law is to ensure the safety and welfare of the nation as a whole (Landa 2012). Actually, this motivation has often concealed grave violations of human rights. Derogation provisions are of crucial importance at least for three reasons. Firstly, it is better to decide in advance what measures have to be adopted in time of emergency or crisis; secondly, these clauses establish specific limitations to restrain states' action; finally, for a derogation to be adopted states are required to provide a valid justification, that is related to the safety of the nation, not to the pursuit of their own interests. There was no doubt on the utility of a derogation clause during the drafting of the European Convention, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the American Charter on Human Rights (ACHR). On the purpose of this clause, the Inter-American Court of Human Rights affirmed that in some cases derogation clauses represent the only means to face the state of emergency and to preserve the democratic society.

However, measures of this kind may result in abuse of power¹. Despite the content of the derogation provisions provided by these treaties is slightly different, the rationale underlying this clause is undoubtedly the same: states are permitted to legally derogate from certain rights, with the purpose to re-establish a state of normalcy and ensure the protection on fundamental human rights. Nevertheless, it is in times of emergency that there is a greater risk for human rights violation, due to

¹ *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27.2, 25.1 and 7.6 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, Inter-American Court of Human Rights Series A No 18 (30 January 1987).



the possible abuse of the derogation powers by states. It must be argued that, in this context, states' freedom of action is not unlimited. Indeed, it is restricted by the identification of non-derogable rights, which cannot be suspended even in state of crisis, and by the strict substantive and procedural conditions required to derogate. It must be suggested that, in states of emergency, even without a specific provision, states would derogate the application both of human rights obligations and the ordinary law, due to its inadequacy. For this reason, it is better to coordinate the way in which states respond to these extraordinary circumstances and to control whether they restrict only derogable rights.

2.2. Derogations v. limitations

In order to strike a balance between individuals' rights and needs of the society, different mechanisms are provided by international human rights treaties. In this regard, it may be useful to take into account the nature of derogations compared to limitations. The two terms must not be confused. In fact, both these clauses aim to interfere with the respect of human rights, but they pursue a different purpose. According to the General Comment No 29 on Article 4 ICCPR, «Derogation from some Covenant obligations in emergency situations is clearly distinct from restrictions or limitations allowed even in normal times under several provisions of the Covenant»².

² UN Human Rights Committee, 'General Comment 29 Article 4: derogations during a state of emergency' (2001) UN Doc CCPR/C/21/Rev1/Add11 para 4.



Saggi

Firstly, it must be observed that the requirements that have to be met for limitations are undoubtedly less stricter than the standard of necessity required for derogations. Indeed, in order to tackle exceptional circumstances, national authorities are given special powers, whose exercise may violate human rights. Unlike derogations, limitations are used in time of peace and they allow an interference with human rights on the basis of collective exigencies, specifically included in the provision itself. In peaceful times, derogations would be considered unlawful, while in states of emergency they may be justified.

According to Schreuer (1982-1983), a derogation consists in a suspension, not abrogation, of certain rights in time of public emergency. Indeed, the ground justifying the adoption of derogation clauses is the declaration of an exceptional and temporary state of emergency threatening the life of nation (Bate 2006). It must be clarified that derogations are considered an *extrema ratio* instrument for the restoration of peace and order. This means that states, before adopting a derogation, can interfere with human rights by relying on limitation clauses. The distinction between derogations and limitations, to some extent, refers to the division of rights in derogable and non-derogable. Limitation clauses highlight that the right concerned is not absolute, since it may be balanced with the exercise of rights by other people, while derogations may completely suspend the enjoyment of certain individual rights to meet the exigencies of the situation of crisis (Doswald-Beck 2011).



3. Which rights can be derogated from?

When counter-terrorism actions are such as to impede the application of ordinary laws and the full enjoyment of certain rights, states are permitted to adopt derogation clauses. As mentioned above, states' right to derogate is limited by the categorisation of human rights in derogable and non-derogable. This distinction is of great importance, since it reduces the risk of arbitrary denial of rights in time of emergency.

Within the international framework, the major human rights treaties, with the exception of the African Charter on Human and People's Rights, admit that some human rights may be suspended in time of crisis. In distinguishing rights in different categories, the issue is twofold: firstly, the lists of non-derogable rights contained in the human rights treaties do not match with each other; secondly, by reading the derogation provisions, it would seem that non-derogable rights are only those explicitly enumerated. However, the reality is more complex, since there exist a number of other rights which may be defined as non-derogable by implication. These two aspects make the identification of this category particularly controversial.

3.1. *Expressly non-derogable rights*

Relevant legal provisions containing the list of non-derogable rights are Article 15 (2) ECHR, Article 4 (2) ICCPR and art 27 (2) ACHR. There is agreement on the impossibility to suspend, whatever the emergency, the so called *jus cogens* rights, for instance, the freedom from torture. These are absolute in nature and considered fundamental principles of



international law by the international community. As for the other non-derogable rights, it is worth noting that, although they cannot be derogated in time of emergency, limitations are admitted according to the specific formulation of the right concerned (Conte 2008).

While the lists of non-derogable rights of the two most recent treaties, ICCPR and ACHR, are wide, the ECHR contains the most restrictive. All of them include the right to life, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, the freedom from slavery and the prohibition of retrospective criminal punishment. The ICCPR expands this catalogue, by adding other essential rights, namely the right to recognition as a person before the law, the freedom of thought, conscience and religion and the right not to be imprisoned merely for failure to fulfil a contractual obligation.

Finally, the American Convention includes rights which are not «necessarily fundamental, but whose suspension cannot be justified by an emergency» (McDonald 1997, 231). It must be argued that also the list of the European Convention can be seen as including more rights than those explicitly enumerated (Hartman 1981). For example, there is no doubt that the right to recognition as a person before the law has been implicitly recognized of fundamental importance under the ECHR. Indeed, it is the prerequisite to be considered a human being, endowed of rights and duties. In terms of other rights, such as the freedom of thought, conscience and religion, although important, they are considered qualified rights under the Convention and permit limitations necessary in a democratic society. It is arguable that a wide list of non-derogable rights is not desirable, since it may include rights which are not that fundamental and, in case of their derogation, it may be difficult to satisfy the proportionality test.



3.2. Non-derogable rights by implication

For the above mentioned non-derogable rights to be effectively protected, procedural safeguards, for instance judicial control and due process guarantees, must be applied. As Landa (2012, 212) pointed out, it is possible to identify a list of rights considered non-derogable by implication, whose respect is indispensable for the protection of those explicitly defined as non-derogable. In this view, the Human Rights Committee, in the General Comment No 29, highlighted the importance of these procedural safeguards, by stating that they are essential to secure the protection of rights explicitly recognized as non-derogable³.

With particular reference to the essential judicial guarantees, the Inter-American Court of Human Rights held that states «also have the obligation to protect and ensure the exercise of such rights and freedoms by means of the respective guarantees»⁴. Moreover, it stressed that the judicial protection provided by the habeas corpus must be respected in time of emergency, since it is essential to protect the right to life and physical integrity. Indeed, to bring a detainee before a judge means that the lawfulness of the detention can be verified⁵.

In times of crisis states tend to use special powers of arrest and detention arbitrarily. In this context, judicial guarantees are the key for protection individual right to liberty. This view has been accepted by the Eu-

³ General Comment 29 (n 7) para 15.

⁴ Advisory Opinion (n 6) para 25.

⁵ *ibid* para 35.



Saggi

ropean Court. In the case *Brogan and others v United Kingdom* (1989) 11 EHRR 117, it highlighted the essence of the Article 5 (3) ECHR, which aims to guarantee the arrested to be promptly brought before a judge or released, can never be compromised⁶. However, its jurisprudence on Article 15 has showed that in some cases the arrest and detention without judicial review has been admitted, on the basis of the seriousness of the emergency situation and the safeguards available. It must be observed that, in *Marshall v United Kingdom* App no 41571/98 (ECtHR 10 July 2001), the Court justified a detention of seven days without judicial intervention, since appropriate safeguards existed, whereas, in *Aksoy v Turkey* (1997) 23 EHRR 553, a long detention of fourteen days, without access to a judge, could not be justified by the exigencies of the situation⁷.

The same rationale has been applied in relation to the right to a fair trial, which is qualified as derogable, but whose safeguards are considered non-derogable during a state of emergency (Lehmann 2011). An issue may arise on whether the inderogability applies to all or some elements of this right. With reference to the General Comment No 29, it can be stated that the guarantees contained in the right to a fair trial constitutes a minimum standard, which cannot be undermined at any time, including in case of public emergency, in order to protect non-derogable rights.⁸ It must be argued that some human rights derogable in theory, have become non-derogable in practice, and they cannot be suspended

⁶ *Brogan*, para 62.

⁷ *Aksoy*, para 84.

⁸ General Comment 29 (n 7) para 16.



in case of public emergency, in order to ensure the protection of those rights expressly defined as non-derogable.

4. Article 15 ECHR: preconditions for a valid derogation and the problem of the margin of appreciation

Although the existence of a state of emergency must be determined on a case-by-case basis, given its unpredictability, there are some conditions which must be satisfied for a derogation to be valid. As observed earlier, at least three relevant human rights treaties have a derogation clause for the protection of non-derogable rights. In analysing the circumstances in which the right to derogate can be used, particular attention is paid on the Article 15 ECHR.

As Harris *et al* (2014) pointed out, Article 15 ECHR on the one hand endows the political branch of states with the extraordinary power to derogate from human rights obligations, on the other hand it 'subjects its exercise to various kind of limitation'. It is possible to identify textual restrictions, concerning the determination of the existence of a time of war or other public emergency threatening the life of the nation and the necessity that the adoption of the derogation measures are strictly required by the exigencies of the situations. Furthermore, this provision prohibits the suspension of non-derogable rights, as intended above.

Finally, a procedural safeguard is established, namely the notification to the competent authority of the measure taken and the reasons therefore. It is worth noting that there are some dissimilarities in the wording of these conditions among the treaties, but the underlying meaning is



the same. As far as the emergency concept is concerned, the only difference is that the ICCPR does not include the term war, because to admit derogations from the obligations under the Covenant in time of war, would have been a contradiction, since the establishment of the United Nations was founded on the purpose of maintaining peace and preventing war. (Cowell 2013,145). As for the procedural requirement, the ICCPR establishes a further condition, that is a formal proclamation of the state of emergency.

Are these limitations effective in practice? In the analysis of the conditions to derogate, which should limit the states' freedom of action in situations of emergency, it is relevant to take into consideration the margin of appreciation doctrine. It must be noticed that it has assumed a crucial role in the European Court's jurisprudence involving Article 15. This doctrine is considered the means to balance states' sovereign power with the respect of the obligations under the Convention (Gross 2001). The Court has recognized to each state a margin of discretion to assess whether a state of emergency exists and whether the derogation measures imposed are proportionate. This on the assumptions that contracting states are founded on values such as democracy and protection of human rights and that they are in a better position to decide than the Convention organs.

Additionally, the principle of subsidiarity inherent in the Convention gives states the role of primary guarantor of human rights, while the court has a mere subsidiary function of supervising the respect of the Convention itself. As Gross pointed out, the first enunciation of this doctrine can be dated back to the *Cyprus case*. The Court, then, applied this concept in the subsequent case law, by expanding its scope. Indeed,



Saggi

originally it has been used only to assess the necessity and proportionality of the derogation measures, while, starting from *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 EHRR 15, it has been also applied to verify the existence of a situation of emergency. In *Klass and others v Germany* (1978) 2 EHRR 214, although the Court acknowledged a margin of appreciation to domestic authorities when taking counter-terrorism actions, it specified that this discretion is not limitless. Indeed, «Contracting states may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate»⁹.

However, it is arguable that in a situation of crisis, when individual human rights are particularly vulnerable, the wide leeway left to contracting states is likely to turn into an abuse of power.

4.1. Public emergency test

The first condition that must be satisfied under Article 15 ECHR is that the derogation order must be adopted in time of war or other public emergency. Since no cases have been based on the notion of war, questions are: what is meant for public emergency? It has been observed that when the Convention was adopted, the drafters did not directly refer to the emergency caused by terrorism.

However, it must be suggested that it represents an exceptional situation, which cannot be addressed by the application of the ordinary law. When it comes to examine the grounds on which a respondent state

⁹ *Klass*, para 49.



claimed the existence of an emergency, the principle of good faith is of particular importance.

This is clear from the European jurisprudence. Only in the *Greek case* (1969) 12 YB EComHR the Commission held that the public emergency invoked was insufficient to justify the recourse to the derogation clause. Indeed, when a revolutionary government, which created itself the state of emergency, adopts a derogation clause, it must be considered in bad faith (Becket 1970). It must be said that it is not easy for the Court to evaluate if the declaration of a state of crisis pursues the protection of the democracy and the national order. Despite this difficulty, it has consistently ruled in favour of governments' claim.

As for the definition of public emergency threatening the life of nation, in *Lawless* it has been stated that it refers to «an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed»¹⁰. This definition was subsequently expanded in the *Greek case*, where the Commission specified that the emergency must be actual or imminent, involve the whole nation, threaten the continuance of the organized life of the community and be exceptional (Harris 2014,830)¹¹.

It must be underlined that this case is not of particular relevance when it comes to examine states' margin of appreciation in determining the existence of an emergency. In fact, as already highlighted, the respondent state did not persuade the Commission on this point. Instead

¹⁰ *Lawless* para 28.

¹¹ The *Greek case*, para 153.



Saggi

of justifying the derogation in terms of well-being of the society, the Greek government argued that there was a threat of Communist takeover and a crisis of the constitutional government and public order (Schreuer 1982-1983).

In the other leading judgements the existence of a public emergency has not been questioned by the Court, which relied on the states' discretion. Although in *Lawless* there is no mention of the margin of appreciation at all, it seems that it has been applied by the majority of the Court. The derogation was justified by the Irish government on the basis that the Irish Republican Army (IRA) had caused a warlike situation. The presence of a secret army involved in violent unconstitutional activities, also outside the Republic of Ireland, and the increase in terrorism have led the Court to deduce that there was a state of emergency threatening the life of the nation.

However, it has been argued that, in this judgment, the Court set out an high threshold, since the level of violence, at the time of derogation, was not such to justify the measure adopted. As Bates (2006, 301) pointed out, by looking at the context, it seems that there was an imminent, not actual, danger during which public institutions continued to function normally. In *Ireland v United Kingdom* (1978) 2 EHRR 25, the exceptional circumstances were identified in the situation of violence and fear created by IRA at the expenses of the United Kingdom, its institutions and its inhabitants¹². The use of extrajudicial powers of arrest and detention was not challenged, since the ordinary legislation was considered inadequate to face terrorism in Northern Ireland.

¹² *Ireland*, para 212.



Saggi

The perpetuation of this threat was used to declare the state of crisis also in *Brannigan and McBride v United Kingdom* (1993) 17 EHRR 539. The Court, referring to the previous cases and to government statistics, held that «a public emergency still existed at the relevant time»¹³. No importance was given to the counter-argument provided by the non-governmental organisation Liberty, which suggested that «at the relevant time there was no longer any evidence of an exceptional situation of crisis», proved by the fact that the government withdrew its derogation¹⁴. On the margin of appreciation point, the Court restated that national authorities are in a better position to assess the presence of a state of crisis, «by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment»¹⁵. However, the extension of this margin appeared problematic. Judge Martens argued that there is no reason to give states a wide discretion, since the Court maintains its power to scrutinize whether the derogation has been lawfully adopted (*Crysler* 1996, 112)¹⁶. Moreover, it has been argued that the longer the emergency, the narrower the margin of appreciation. As for *Aksoy*, the claim put forward by the government was justified with reference to the PKK terrorist threat in South-East Turkey, which created a state of public emergency. In this regards, the Court simply agreed with the respondent government «in the light of all the material before»¹⁷.

¹³ *Brannigan*, para 47.

¹⁴ *ibid* para 45.

¹⁵ *ibid* para 43.

¹⁶ *ibid*, concurring opinion of judge Martens para 4.

¹⁷ *Aksoy*, para 70.



Saggi

The concept of the margin of appreciation has been used also at a national level, in order to determine the existence of an emergency. In this regard, it is remarkable the *Belmarsh* case. The UK government, given the 9/11 terrorist attacks in the US, considered the close relationship between these countries and the presence of suspected terrorist in the territory, concluded that a public emergency might exist, although not immediate.

The majority of the House of Lords agreed on this view basically on two grounds highlighted by Lord Bingham. Firstly, according to the European Courts' jurisprudence, governments are granted a wide margin of discretion to decide on the existence of a public emergency.

Secondly, this decision is political in nature. This means that it is for the political body of states to resolve the issue, not for the judges¹⁸. The only dissenting voice on the public emergency point came from Lord Hoffman. He argued that the Strasbourg jurisprudence has been of no help, since a too wide margin has been left to national authorities and, therefore, to the national courts.

Moreover, the meaning of a danger threatening the life of the nation has been misinterpreted. Indeed, despite the gravity of the threat posed by Al-Qaeda terrorists, «Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community» (Tomkins 2005)¹⁹. This dissenting opinion did not find consensus at European level, where the Court confirmed the conclusion of the highest domestic court and, by referring to its previous jurisprudence,

¹⁸ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 71, paras 28, 29.

¹⁹ *ibid* paras 92, 96.



held that an emergency exists also when the institutions of a state are not threatened²⁰. From this analysis, it is evident the reluctance of the Court to rule against respondent states on the emergency test.

4.2. *Strictly required test and the judicial supervision*

As for the second requirement under Article 15 ECHR, the question to be answered is: are the measures employed strictly required by the exigencies of the situation? As Harris *et al* pointed out, at least two aspects must be considered. Firstly, the necessity to exercise extraordinary powers through the adoption of the derogation, rather than using the ordinary law to tackle the emergency. Secondly, the proportionality between the measures adopted and the exigencies of the situation (Harris 2014).

When analysing these factors, the European Court has taken into account the existence, in the domestic legislation, of adequate safeguards, in order to prevent that the suspension of the enjoyment of certain rights and procedural guarantees, may result in an abuse of power. Moreover, it has evaluated the suitability of the measures to face the crisis and whether they have been adequately applied in the instant case. It has been observed above that, while limitations must be simply necessary in a democratic society, derogations require stricter conditions to be satisfied, since it is intended as an *extrema ratio* measure (Landa 2012).

It is worth mentioning that *Aksoy* is the first case in which this condition has not been met. In fact, the Court ruled that the long detention of

²⁰ *A and others v United Kingdom* (2009) 49 EHRR 625, para 181.



Saggi

fourteen days, without access to a judge, made the applicant likely to be subject to torture.²¹ It is arguable that the proof that exceptional measures must be strictly required should limit states' right to derogate. However, it has turned out to be ineffective, since the Court has recognized to states a wide margin of appreciation also in the assessment of the legality of derogations (Crysler 1996).

While in *Lawless* no reference has been made to this concept, it seems that the wording used in the *Ireland v UK* case, according to which the derogating measures «reasonably have been considered strictly required for the protection of public security», implicitly referred to it²². In *Brannigan*, the government justified the derogation on a number of questionable grounds, by focusing on the political nature of the issue and the role of the judiciary. In particular, it stated that the involvement of the judiciary, in order to control the legality of the prolonged detention would «undermine their independence»²³. The reason is based on the fact that the arrest and detention of suspected terrorists relies on sensitive information, which cannot be disclosed to the court, without jeopardizing the investigations.

As Crysler (1996, 106) observed, when it comes to decide on the judicial scrutiny of derogations in the fight against terrorism, states have a wide discretion. The government approach, accepted by the Court, has been criticised. Indeed, the dissenting judge Makarczyk argued that the government, instead of proving that the exceptional measures were nec-

²¹ *Aksoy*, para 83.

²² *Ireland* para 213.

²³ *Brannigan*, para 56.



Saggi

essary to prevent and combat terrorism, focused its argument on the fact that the judicial review would have affected negatively the judiciary power. In his opinion, «any form of judicial control could be beneficial»²⁴.

Furthermore, Amnesty International counter-argued by referring to the absolute nature of non-derogable rights. Indeed, as noted above, procedural safeguards, such as the judicial review, are considered non-derogable rights by implication. It must be argued that the Court has been too deferential, by affirming that «the government did not exceed the margin of appreciation [...]» and that this discretionary decision was not subject to a judicial review²⁵. It is evident that the Court did not strictly scrutinize whether the measures adopted were necessary and proportionate and it did not even identify more appropriate measures.

In the *Belmarsh* case, the government complained before the Court the finding of the House of Lords, according to which the derogating measures did not comply with the proportionality principle. It argued that the highest national court did not acknowledge to the executive and the legislature a wide discretion in a matter of political nature, in accordance with the European Court's jurisprudence. Surprisingly, the Court upheld the House of Lords' decision. This does not mean that it reversed its jurisprudence on the margin of appreciation issue. Indeed, it merely clarified that this doctrine regulates the relationship between the Strasbourg Court and the national authorities, in the light of the subsidiarity principle, not between the different branches of a state. For this

²⁴ *Brannigan* dissenting opinion of judge Makarczyk, para 3.

²⁵ *Brannigan*, paras 57, 60, 66.



Saggi

reason, although contracting states are endowed with a wide margin of discretion, the Court retains the role to scrutinize whether they are strictly required under Article 15 ECHR. In other words, it is for the judicial body to assess the proportionality of derogations when individual human rights are at stake²⁶.

What is, in the context of derogations, the role of the European supervision? Due to the political nature of the issue and the governments' responsibility for the protection of national security, it has been observed that a close scrutiny by the Court would not be desirable. Indeed, it may be seen as an intrusion in a political matter. The Court itself stated that it is for the government to strike the balance between the fight against terrorism and the protection of individuals' rights, by adopting in states of emergency those exceptional measures considered necessary and proportionate²⁷.

However, the recognition of a wide discretion to national authorities «represents a lost opportunity for the Court to play an engaged role in relation to the issue before it» (Marks 1995). It must be argued that, since the declaration of a state of emergency may entail violations of non-derogable rights, it should be for the Court to evaluate whether the counter-terrorism actions adopted by the executive are necessary and proportionate.

²⁶ *A and others*, para 184.

²⁷ *Ireland*, para 124; *Brannigan*, para 59.



5. Conclusion

It is well-established that the derogation clauses are considered indispensable in the fight against terrorism, to guarantee minimum standards for the protection of human rights and to prevent the right to derogate from being used arbitrarily by states. In this regard, the qualification of certain rights as non-derogable limits states' freedom of action. However, they enjoy a wide discretion to determine the circumstances in which certain human rights can be derogated from.

Although Article 15 ECHR establishes that strict conditions must be met for a derogation to be valid, it has been noted that the acknowledgment of this wide discretion may thwart their effectiveness. The Court should recognize to states a narrower margin, in order to undertake a stricter scrutiny and an independent review of the conditions under Article 15 and to ensure an effective protection of human rights. Although states have freedom of action in case of emergency, the pretext of the urgency to take counter-terrorist actions cannot justify an abuse of power.



References

Bates, E. (2006), *A 'public emergency threatening the life of nation'? The United Kingdom's derogation from the European Convention on Human Rights of 18 December 2001 and the 'A' case*, in *The British Year Book of International Law*, 76 (1), p. 245.

Becket, J. (1970), *The Greek case before the European Human Rights Commission*, in *Human Rights*, p. 91.

Conte, A. (2008), *Handbook on human rights compliance while counter-terrorism*, in *Centre on global counterterrorism cooperation*, http://globalcenter.org/wp-content/uploads/2008/01/human_rights_handbook.pdf accessed 3 January 2016.

Cowell, F. (2013), *Sovereignty and the question of derogation: an analysis of the Article 15 of the ECHR and the absence of a derogation clause in the ACHPR*, in *Birkbeck Law Review*, p.135.

Crysler, E. (1996), *Brannigan and McBride v UK*, in *Nordic Journal of International Law*, 65 (1), p. 91.

Doswald-Beck, L. (2011), *Human rights in time of conflict and terrorism*, Oxford University Press.

El Zeidy, M. (2003), *The ECHR and states of emergency: Article 15 – A domestic power of derogation from human rights obligations*, in *San Diego International Law Journal*, 4, p. 277.

Gross O. and F. Ní Aoláin (2001), *From discretion to scrutiny: revisiting the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 3, p. 625.



Saggi

Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27.2, 25.1 and 7.6 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, Inter-American Court of Human Rights Series A No 18 (30 January 1987).

Harris D., M. O'Boyle, C. Warbrick (2014), *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd edn, Oxford University Press.

Hartman, J. (1981), *Derogation from human rights treaties in public emergencies: a critique of implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, in *Harvard International Law Journal*, 22, p. 1

Landa, C. (2012), *Executive power and the use of emergency in Salinas de Frias et al* (eds), *Counter-terrorism International Law and Practice*, Oxford University Press.

Lehmann, J.M. (2011), *Limits to counter-terrorism: comparing derogation from the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights*, in *Essex Human Rights Review*, 8, p.103, <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V8N1/Lehmann.pdf>, accessed 3 January 2016

Marks, S. (1995), *Civil liberties at the margin: the UK derogation and the UK Court of Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, p.69.

McDonald, R. (1997), *Derogations under article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1-2), p. 225.

Schreuer, C. (1982-1983), *Derogation of human rights in situations of public emergency: the experience of the European Convention on Human Rights*, in *Yale Journal of International Law*, 9, p. 113.

Tomkins, A. (2005), *Readings of A v Secretary of State for the Home Department*, in *Public Law*, p.259.



UN Human Rights Committee, 'General Comment 29 Article 4: derogations during a state of emergency' (2001) UN Doc CCPR/C/21/Rev1/Add11.

Table of cases

A and others v United Kingdom (2009) 49 EHRR 625

Aksoy v Turkey, (1997) 23 EHRR 553

Brannigan and McBride v United Kingdom (1993) 17 EHRR 539

Brogan and others v United Kingdom (1989) 11 EHRR 117

Ireland v United Kingdom (1978) 2 EHRR 25

Klass and others v Germany (1978) 2 EHRR 214

Lawless v Ireland (No 3) (1961) 1 EHRR 15

Marshall v United Kingdom, App no 41571/98 (ECtHR 10 July 2001)

The Greek case (1969) 12 YB EComHR

A v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56



Abstract

In the Fight Against Terrorism, Does Article 15 of the ECHR Constitute an Effective Limitation to States' Power to Derogate From Their Human Rights Obligations?

This paper will focus on Article 15 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which allows national authorities to declare a state of emergency and, consequently, to derogate from certain human rights obligations. It is worth observing that it is in time of emergency that there is a greater risk for human rights violation, due to the possible abuse of powers by states. For this reason, it will be illustrated which rights can be derogated from and when a derogation is deemed to be valid in the light of Article 15 ECHR. The case-law of the European Court will show that only on very few occasions states have relied on this provision. However, when the derogation power has been invoked, the Court has given a wide margin of appreciation to contracting states when assessing the compliance with the requirements under Article 15. This approach has been criticised for being too deferential and for weakening the Court's authoritative position *vis-à-vis* national governments. Although Article 15 ECHR should limit states' right to derogate, in practice the wide discretion left to them nullifies the effectiveness of this provision.

Keywords: Article 15, Derogation, European Convention on Human Rights, human rights; state of emergency.



L'esperienza spagnola: dal terrorismo interno alla minaccia globale. Strumenti di difesa di una democrazia “banco di prova” *

di Isabella M. Lo Presti **

1. Introduzione

Nel momento in cui si è deciso di includere tra i *topic* da trattare nel workshop *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* il tema della costituzionalizzazione degli stati d'eccezione, analizzare il “caso spagnolo” come banco di prova della

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento al workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).

** Dottoranda di ricerca in Ciencias jurídicas y sociales all'Università di Malaga, in co-tutela con l'Università degli Studi di Palermo.



normativizzazione di situazioni emergenziali è stata una scelta avvertita come dovuta.

L'ordinamento spagnolo rappresenta di fatto una realtà minoritaria in un panorama di democrazie occidentali europee che hanno optato per escludere dalle carte fondamentali la preventiva predisposizione di regimi giuridici derogatori per i cd. stati d'emergenza e per la specifica ipotesi dell'emergenza terroristica (Bonetti 2006). Sono d'altronde note le vicende che hanno interessato la Spagna, impegnata sin da tempi remoti nella lotta al terrorismo interno di matrice nazionalista basca e non solo ed i dilemmi democratici affrontati a causa della conclamata presenza in Parlamento di forze politiche legate all'organizzazione terroristica Eta. Ed è proprio la nota *Ley Orgánica sobre los partidos políticos* 6/2002 che ha condotto alla *ilegalización* del partito Batasuna e delle altre organizzazioni politiche legate al gruppo Eta ad aver alimentato un annoso dibattito, ancor oggi non sopito, circa la costituzionalità di una procedura limitativa del pluralismo politico e delle connesse libertà fondamentali in nome della salvaguardia dello stesso sistema democratico.

Orbene, tanto la previsione costituzionale di cui all'articolo 55, comma 2, quanto la normativa relativa ai partiti politici etichettati come anti-sistema, in un'ottica comparata, rappresentano i principali profili di peculiarità dell'ordinamento spagnolo in materia di legislazione antiterrorismo (De Vergottini 2004); tuttavia, con il presente contributo si cercherà di dimostrare come il tratto distintivo della disciplina spagnola analizzata non risiede tanto nell'aver previsto in seno alla Costituzione misure eccezionali in ordine all'emergenza terrorismo, quanto di aver disciplinato tale fenomeno attraverso una normativa "cucita" a misura di un soggetto ben preciso: Eta. Ben si comprende, allora, come la tenuta di



tale regime d'eccezione, pur astrattamente previsto per salvaguardare la democrazia spagnola dall'emergenza terrorismo, manifesterebbe tutta la sua inadeguatezza rispetto a un fenomeno terroristico globale come quello attuale.

2. La previsione degli stati emergenziali ad effetto “generalizzato”: termini, competenza e ambito d'applicazione

Nell'impianto costituzionale spagnolo le disposizioni dedicate ai regimi giuridici emergenziali sono principalmente due: l'articolo 116 e il secondo comma dell'articolo 55 della Costituzione spagnola (d'ora in avanti, CE).

Per ragioni di completezza, nonostante l'argomento centrale del presente contributo verta sul fenomeno terroristico, è opportuno soffermarsi brevemente sulla prima delle due previsioni, dedicata agli stati emergenziali a effetto “generalizzato”, ossia derogatori dell'ordinario regime dei diritti e delle libertà nei confronti di una soggettivamente indifferenziata parte del territorio, rispetto alla quale tale stato emergenziale viene decretato (Carro Martínez 1998).

Nello specifico, l'articolo 116 CE disciplina tre forme crescenti di stato d'eccezione, confermando la consuetudine affermatasi nel tempo di inserire nei testi costituzionali succedutisi in Spagna la regolamentazione degli stati emergenziali; la previsione in esame si pone, infatti, in linea di continuità con l'anteriore disciplina costituzionale adottata durante la II Repubblica (art. 42 Costituzione del 1931) mantenendo un modello emergenziale basato sulla differenziazione tra situazioni eccezionali. Più



Saggi

specificamente, la prima ipotesi disciplinata dall'articolo 116 CE è il cd. *estado de alarma*, dichiarato dal Governo per un periodo massimo di 15 giorni, per il quale non si richiede la preventiva autorizzazione del Congresso dei Deputati se non nel caso in cui se ne voglia prorogare la vigenza; segue *el estado de excepción*, per il quale è prevista la previa autorizzazione da parte del Congresso che ne determinerà anche l'ambito territoriale, la durata (non oltre i 30 gg.) e gli effetti. Infine, il più grave nella scala delle situazioni emergenziali attivabili è *el estado de sitio* per il quale si richiede, dopo la proposta di attivazione da parte del Governo, la maggioranza assoluta del Congresso che determinerà, anche in questo caso, ambito territoriale, durata e condizioni del provvedimento.

Le ipotesi che possono legittimare la dichiarazione di ciascuno degli stati emergenziali richiamati sono esemplificate dalla *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio* che, pur non individuando tassativamente i presupposti fattuali per il ricorso ad uno degli stati d'eccezione suindicati, fornisce ulteriori parametri per una loro l'attivazione. Quanto al *estado de alarma*, si indicano tra le situazioni che potranno determinarne una dichiarazione «terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, así como crisis sanitarias, como epidemias y situaciones de contaminación graves» (art. 4); *el estado de excepción* sarà attivabile allorquando il normale funzionamento delle istituzioni democratiche è così gravemente compromesso che l'esercizio degli ordinari poteri costituzionali non è sufficiente a contenere la crisi in corso; in ultimo, *el estado de sitio* ricorre «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no pueda resolverse por otros medios».



Saggi

Orbene, è evidente come la prima ipotesi emergenziale individuata dai Costituenti si discosti sensibilmente dalle due ulteriori circostanze eccezionali inserite ugualmente nella previsione di cui all'articolo 116 CE; come osservato in dottrina, in ragione della diversa natura del *estado de alarma*, determinato da anomalie naturali o materiali principalmente sociali, sarebbe stata preferibile una sua diversa sistematizzazione in seno al testo costituzionale, al fine di definirne ancor meglio la portata, ritenuta un tanto ambigua e imprecisa (Santoalla 1981) a causa della vicinanza agli altri stati emergenziali eminentemente politico-istituzionali previsti dalla disposizione in questione. A loro volta questi ultimi, pur rispondendo all'esigenza di fronteggiare situazioni di pericolo per l'integrità dello Stato, si differenziano qualitativamente sotto il profilo del bene giuridico minacciato dalla crisi, in quanto, mentre nel caso del *estado de excepción* sussiste un'emergenza di ordine pubblico, nel *estado de sitio* sono posti in pericolo elementi essenziali alla sopravvivenza dello Stato «como comunidad política organizada» (Garrido Lopez, 2007, 110).

La diversità qualitativa tra le ipotesi emergenziali disciplinate dall'articolo 116 CE è ulteriormente corroborata dalla previsione di un diverso novero di diritti sospendibili per ciascuno di essi: nel caso in cui sia accordata la dichiarazione dello stato d'eccezione o d'assedio i diritti sospendibili sono quelli espressamente indicati dall'articolo 55, primo comma, della Costituzione, ossia, libertà personale, inviolabilità del domicilio, segretezza delle comunicazioni private, libertà di circolazione e soggiorno, libertà di pensiero e informazione, libertà di riunione, diritto di sciopero e di conflitto collettivo. In aggiunta e limitatamente allo stato d'assedio sarà altresì sospendibile il diritto alla difesa e informazione dei detenuti, sancito dal terzo comma dell'articolo 17 CE. Nessun regime so-



Saggi

spensivo eccezionale è previsto nell'ipotesi in cui si proceda a dichiarare un *estado de alarma*.

A tutela dell'integrità democratica dell'ordinamento spagnolo, oltre al generale divieto di scioglimento anticipato delle Cortes previsto dall'articolo 116 CE, V comma, la suindicata L.O. 4/1981 sancisce che, durante l'attivazione di tali stati emergenziali, in aggiunta al regolare ricorso di costituzionalità avverso il decreto governativo che ne dichiara l'avvio, potrà procedersi all'impugnativa degli atti adottati durante la loro vigenza dinanzi all'autorità giudiziaria competente (art. 3.1).

Nella pratica, l'applicazione dell'articolo 116 CE è stata nel tempo limitata a pochissime ipotesi; la prima dichiarazione di *estado de alarma* risale al dicembre 2010 e venne giustificata dallo sciopero generale dei controllori di volo (A. Aba Catoira 2011). I provvedimenti si sostanziarono in quel caso nella chiusura dello spazio aereo e nella sospensione del diritto di sciopero dei lavoratori che dovettero riprendere servizio.

Va segnalato, invece, che rispetto al verificarsi di azioni terroristiche, dall'entrata in vigore della Costituzione del '78 non si è mai ricorsi all'attivazione dei regimi d'eccezione a valenza soggettiva generale, pur essendo evidente la sussistenza in tali casi dei presupposti individuati per alcuni di essi, come ad esempio per lo stato d'eccezione in senso stretto¹; si è piuttosto preferito ricorrere alla previsione *ad hoc* di cui all'art. 55.2 CE non solo in base a una valutazione *genus-species* ma quanto, come più probabile, per una scelta "qualitativa" in quanto tale ultima

¹ Secondo Blanco Valdés (2013) nei Paesi Baschi e nella provincia della Navarra la presenza radicata del gruppo terrorista Eta aveva generato una situazione di emergenza concreta e attuale che per diversi decenni si mantenne inalterata.



disposizione costituirebbe «un arma de lucha mucho más efectiva que la declaración de cualquiera de los estados excepcionales del art. 116 CE» (Vírgala Foruria 1994, 63). In un'ottica più garantista, la mancata attivazione degli stati emergenziali analizzati potrebbe altresì rispondere alla volontà di limitare la sospensione delle libertà individuate dal secondo comma dell'articolo 55 CE ai soli soggetti direttamente relazionati con l'attività terroristica per la quale si indaga, evitando il coinvolgimento di una porzione della collettività estranea ai fatti (Fernandez Segado 1996).

Come si avrà modo di rilevare, le misure sospensive previste da tale previsione costituzionale si inseriscono nell'ambito di un regime eccezionale individualizzato, i cui confini sono stati nel tempo tracciati da una certosina opera di bilanciamento il più delle volte realizzata dall'autorità giudiziaria competente, chiamata a correggere le omissioni o gli abusi del legislatore.

3. Emergenza terrorismo e sospensione dei diritti nella Costituzione spagnola: analisi dell'articolo 55.2 CE

Rispetto alla previsione di cui al secondo comma dell'articolo 55 CE, la prima considerazione obbligata riguarda l'unicità di tale disposizione in un contesto comparato di Costituzioni moderne che, come ben evidenzia De Vergottini (2004, 1188), sono espressione della tendenza post-bellica contraria alla predisposizione di strumenti normativi attivabili in ipotesi emergenziali e derogatori dell'ordinario regime costituzionale.

A livello comparato, inoltre, nonostante la Costituzione spagnola prendesse forma in un periodo in cui il fenomeno terroristico affliggeva



Saggi

altre realtà statali – si pensi al Regno Unito con l'Ira o ancora all'Italia con le Brigate Rosse – la via intrapresa dai Costituenti si discostò dalle soluzioni adottate in altri ordinamenti. Anche rispetto alla frequente comparazione della previsione costituzionale considerata con la disposizione di cui all'articolo 18 della Legge Fondamentale tedesca – che avrebbe ispirato la redazione dell'articolo 55.2 CE (Lucas Verdù 1979) – si è concordi con la lettura maggioritaria in dottrina secondo cui le divergenze tra i due regimi sospensivi delineano due istituti distinti e non assimilabili dal punto di vista del diritto comparato (Remotti Carbonell 1999, 48); nonostante la previsione tedesca preveda un regime di sospensione individualizzata di taluni diritti costituzionalmente riconosciuti, al pari di quanto sancito dall'articolo 55.2 CE, stabilisce quale presupposto abilitante del regime sospensivo l'ipotesi di abuso del diritto legata a una finalità antisistema, prevedendo, inoltre, una diversa procedura di attivazione rimessa a una decisione giurisdizionale del Tribunale costituzionale federale.

Orbene, passando al dato normativo, i Costituenti spagnoli decisero di inserire la disposizione richiamata nel contesto della disciplina inerente alle libertà fondamentali, e precisamente in seno al Titolo I «Dei diritti e dei doveri fondamentali», Cap. V «Della sospensione dei diritti e delle libertà»; scelta che, se appare particolarmente attuale agli occhi dell'osservatore odierno, rappresentava allora una soluzione coraggiosa, pur essendo la neonata democrazia spagnola già impegnata nella personale lotta interna contro il terrorismo di matrice nazionalista basca.

La previsione di cui all'articolo 55.2 CE dispone che: «una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control



Saggi

parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartado 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

Come emerge dal dato testuale, non si tratta di un regime emergenziale in senso stretto, quanto piuttosto della regolamentazione delle deroghe attuabili rispetto agli individui che, nel corso delle indagini, risultino connessi all'azione terroristica già avvenuta o in procinto di esecuzione. Risulta, pertanto, chiara la contrapposizione di tale regime derogatorio alle ipotesi previste dall'articolo 116 CE anteriormente analizzate, trattandosi di un caso di sospensione individualizzata di taluni diritti rispetto a soggetti determinati.

Dato il carattere innovativo della previsione voluta dai Costituenti, non sorprende riscontrare nei contributi dottrinali del tempo, e anche in alcuni saggi più recenti (Fernández Segado 1996) aspre critiche in proposito; non si lamentava tanto la legittimità dello strumento della sospensione individualizzata di taluni diritti, quanto la costituzionalizzazione di un regime eccezionale estremamente peculiare che mal si conciliava con il naturale carattere astratto e in certa misura vago che le disposizioni costituzionali generalmente presentano. Inoltre, come osservato già in sede costituente dal senatore Ollero, si legittimavano procedure eccezionali che rischiavano di alterare l'equilibrio istituzionale collocando «al juez bajo el control parlamentario» ed esponendo il cittadino a misure limitative delle proprie libertà di carattere «politico» e non giudiziale (Ferdandez Segado 1996, 631).

Nonostante le remore espresse in sede Costituente, il testo dell'articolo 55.2 CE venne approvato nella sua versione definitiva; lungi dal lasciar pensare alla credenza dei Costituenti di un potere «taumaturgico del testo



costituzionale che si accingevano ad adottare» (Fernandez Segado 1983), risponde a una chiara volontà di prevedere a priori un delicato sistema di bilanciamento tra esigenze di difesa dell'ordinamento e tutela del catalogo dei diritti e libertà sancito dalla Carta fondamentale.

Per ragione di sintesi, si è scelto di limitare l'analisi della presente previsione ai profili di problematicità che, nel corso dei decenni intercorsi dalla sua entrata in vigore, hanno impegnato gli operatori del diritto, manifestando quanto complessa possa dimostrarsi la tipizzazione in sede normativa di un fenomeno come quello terroristico.

3.1. La legislazione di attuazione del disposto costituzionale: la riserva di legge come garanzia (?)

Come risulta dall'*incipit* della previsione costituzionale in esame, i Costituenti decisero di rimettere al legislatore il compito di dare attuazione con *ley orgánica* al disposto costituzionale. A tal proposito è opportuno sottolineare due ordini di fattori desumibili dalla locuzione iniziale: da una parte, che una normativa di attuazione venga adottata è circostanza pensata nei termini di una mera possibilità, in quanto chiaramente si sancisce che «una *ley orgánica* podrá...» e non “dovrà” disciplinare tale regime eccezionale; d'altra parte, si prevede per tale ipotesi una riserva di legge che potrebbe definirsi, secondo la tassonomia costituzionale italiana, “rinforzata” essendo previste nell'ordinamento spagnolo per tale fonte normativa maggioranze deliberative più alte per la sua adozione rispetto alla *ley ordinaria*.

Nonostante, dunque, il carattere meramente congiunturale della normativa che avrebbe dovuto dare attuazione all'articolo 55.2 CE, in



Saggi

seguito all'entrata in vigore del testo costituzionale, numerose discipline si susseguirono in risposta agli avvenimenti storico-politici del tempo. Il quadro normativo che ne uscì venne caratterizzato da un'estrema frammentazione e incertezza giuridica: la prima legislazione antiterrorista veniva dettata dalla Ley 56/1978 *sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos organizados y armados* alla quale facevano seguito la L.O. 11/1980 e la L.O. 2/1981, conosciuta come *Ley de defensa de la democracia*, derogata dalla successiva L.O. 9/1984 *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas*; anche quest'ultima venne in seguito derogata dalle L.O. 3/1988 e 4/1988, attualmente in vigore.

Ben si comprende, dunque, come i ripetuti interventi del legislatore, congiuntamente alla mancata previsione in ciascuna normativa di un termine di vigenza della stessa, abbiano generato la sensazione di una distorsione sistematica dello strumento previsto dall'articolo 55.2 CE. In tale ottica, la scelta di rimettere al legislatore la disciplina di un fenomeno di per sé contingente, lungi dal rappresentare una garanzia costituzionale, avrebbe finito con il legittimare la vigenza nell'ordinamento spagnolo di una normativa permanente, derogatoria dell'ordinario regime delle libertà; da qui la denuncia, condivisa dalla parte della dottrina, dell'alterazione della natura stessa delle misure emergenziali previste dalla disposizione in esame (Requejo Rodríguez, 2001) che, da mere sospensioni dei diritti, per mano del legislatore, avrebbero aperto la via alla sostanziale soppressione degli stessi (Sánchez Agesta 1980, 179-180). In altre parole, si tratterebbe del compimento del processo notoriamente conosciuto come "normalizzazione dell'emergenza" che stabilizzerebbe in seno all'ordinamento il regime eccezionale di turno, svilendolo, per l'appunto, della sua natura non-ordinaria (Tenorio Sánchez 2008, 562).



3.2. Definire il terrorismo come presupposto per l'individuazione dei soggetti passivi. La sospensione individualizzata dei diritti

Diversamente dagli stati emergenziali previsti dall'articolo 116 CE che, come accennato, colpiscono indifferenziatamente i soggetti di una determinata zona territoriale, la disposizione in esame prevede la sospensione "individualizzata" dei diritti in essa indicati. Nello specifico, soggetti passivi delle misure derogatorie previste dall'articolo 55.2 CE sono coloro che, nell'ambito dello svolgimento di attività di indagine, risultino relazionati con l'azione di «bande armate o nuclei terroristici».

Tali ultimi concetti, nonostante siano centrali all'individuazione della portata della disposizione considerata, non furono meglio specificati dal Costituente né determinati contenutisticamente dalla legislazione d'attuazione, dando luogo ad evidenti margini di discrezionalità prontamente denunciati dalla dottrina del tempo. Tuttavia, l'individuazione del contenuto giuridico delle suddette locuzioni è stata operazione condotta nel tempo principalmente dalla giurisprudenza costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle normative antiterrorismo e indirettamente a delineare i confini della portata soggettiva dell'articolo 55.2 CE.

La problematica interpretativa di maggior rilievo ha riguardato per diversi anni il concetto di "banda armata" nel contesto della disciplina antiterrorismo rispetto alla definizione che di tale locuzione si era, invece, affermata nell'ambito dei reati comuni. Nel silenzio del legislatore, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del testo costituzionale, l'applicazione della normativa antiterrorismo finì con l'essere estesa alle bande armate comuni, non senza sollevare numerose perplessità circa la legittimità di tale operazione; e in tal senso dovette



Saggi

attendersi la storica pronuncia 199/1987 del *Tribunal constitucional*² affinché prevalesse una lettura restrittiva di tale concetto, basata sulla sua qualificazione come organizzazione strutturata finalizzata al compimento di attività strettamente terroristiche.

Conseguentemente, il ricorso alla disciplina di attuazione del disposto di cui all'articolo 55.2 CE veniva limitato alle sole ipotesi in cui l'azione perseguita dall'organizzazione criminale fosse stata qualificabile come "terroristica" e si escludeva la rilevanza delle condotte semplicemente delittuose. Inoltre, in ragione della centralità della nozione di terrorismo per la corretta delineazione della previsione costituzionale in esame, la Consulta coglieva l'occasione per definire gli elementi sostanziali di una condotta terroristica, riconoscendo tale carattere nell'azione che «con il fine politico di rompere con l'ordine democratico costituito, incide gravemente sulla sicurezza pubblica e produce aggressioni con mezzi violenti a beni giuridici fondamentali per l'ordinamento costituzionale».

Sicuramente apprezzabile è lo sforzo dei giudici costituzionali di circoscrivere contenutisticamente il fenomeno terroristico, operazione che ad oggi non è riuscita neppure a livello internazionale; tuttavia, lo stesso *Tribunal constitucional* si premurò di specificare che nell'ipotesi di reiterazione degli atti di delinquenza comune, laddove questi siano in grado di creare una situazione di allarme e di minaccia per la sicurezza pubblica, potrà legittimamente ricorrersi alla normativa antiterrorista senza

² STC 199/1987, del 16 dicembre 1987, emessa a seguito della presentazione del ricorso di incostituzionalità da parte del Parlamento catalano e del Parlamento dei Paesi Baschi avverso la L.O. 9/1984. Il giudizio di legittimità costituzionale della normativa impugnata si risolse nella dichiarazione parziale di incostituzionalità della suddetta legge.



che rilevi, in tali casi, il movente politico. Si vanificava così, in parte, l'operazione giuridico-semantiche compiuta.

Rispetto al profilo soggettivo, il concreto ambito di applicazione del disposto costituzionale è stato nel tempo progressivamente delineato dalle normative di attuazione che fecero seguito alla suddetta pronuncia; in generale, può affermarsi che le misure sospensive previste dall'articolo 55.2 CE si applicheranno agli autori del delitto, ai complici in esso, nonché ai soggetti che abbiano posto in essere attività connesse alla buona riuscita dell'azione terrorista. Quanto ai diritti menzionati dall'articolo 55.2 CE, ricorrendo i presupposti soggettivi appena analizzati, la sospensione potrà riguardare la durata massima della detenzione preventiva stabilita dall'articolo 17, II comma, nonché l'inviolabilità del domicilio e il diritto alla segretezza delle comunicazioni private (art. 18, II e III comma).

3.3. Il ruolo degli organi giudiziari e la mancata attuazione «dell'adeguato controllo parlamentare»

Per completare la trattazione dei principali profili di problematicità presentati dalla disciplina costituzionale analizzata, non rimane che spendere alcune brevi riflessioni rispetto alla mancata attuazione di parte del disposto di cui all'articolo 55.2 CE. A tal proposito, di vera lacuna normativa può parlarsi rispetto alla previsione di un «adeguato controllo parlamentare», del tutto assente nelle discipline attuative della previsione costituzionale, mentre circa la riserva di giurisdizione da questa prevista, la questione appare più complessa.



Saggi

Partendo da quest'ultimo aspetto, la disposizione costituzionale in oggetto dispone testualmente che la sospensione delle libertà in essa individuate avvenga «con il necessario intervento giudiziario». A tal proposito, la scelta del legislatore è ricaduta sull'articolazione di un regime differenziato di intervento giudiziale in ragione delle libertà interessate dalla misura sospensiva: mentre per le misure derogatorie della libertà di domicilio e della segretezza delle comunicazioni l'intervento dell'autorità giudiziaria è stato posticipato rispetto al momento di attuazione delle stesse, assumendo la forma della convalida *ex post*, per la misura derogatoria del regime ordinario della detenzione preventiva si è optato per un'autorizzazione *a priori*.

Tali differenze, secondo parte della dottrina, avrebbero determinato nei primi due casi la mancata attuazione del disposto costituzionale che, qualificando l'intervento giudiziario come "necessario", ne avrebbe previsto implicitamente un controllo preventivo. Sul punto, la posizione adottata e mantenuta dalla giurisprudenza costituzionale ha preso le mosse da una distinta considerazione del tenore letterale della norma che, non contenendo alcun dato temporale rispetto al momento in cui il controllo dell'autorità debba essere fissato, avrebbe lasciato ampia libertà al legislatore; secondo la Corte, dunque, nel silenzio della norma costituzionale, la corretta individuazione di tale intervento dipenderà dal combinato disposto della natura del diritto oggetto di sospensione e dell'effettività della misura adottata: non è necessario che le tre libertà derogabili siano sottoposte ad un medesimo regime, né che il controllo dell'autorità giudiziaria sia necessariamente previo, per lo meno tutte le volte in cui un'autorizzazione *a priori* vanificherebbe lo strumento previsto in deroga all'ordinario regime.



Quanto al controllo parlamentare, la *ley orgánica* attualmente in vigore, nonché la normativa ad essa precedente, non ha previsto una procedura che coinvolga in maniera attiva le *Cortes* spagnole. Tale circostanza mal si concilia con il dato normativo in quanto l'aggettivo qualificativo «adeguato», riferito al controllo parlamentare, lascerebbe di fatto trapelare la volontà dei Costituenti di non rimettere tale attività all'utilizzo degli ordinari strumenti di controllo di cui dispone l'Assemblea parlamentare, quali interrogazioni, interpellì e commissioni di indagine. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha sempre rigettato le motivazioni di illegittimità delle normative d'attuazione sottoposte al suo esame rispetto a tale eccezione, ritenendo che la Costituzione esiga soltanto che il Parlamento sia messo nelle condizioni di conoscere e sovrintendere ai comportamenti delle forze di sicurezza, il che può essere assicurato attraverso garanzie risultanti sia da leggi specifiche, sia dai Regolamenti delle Camere.

4. La *Ley Orgánica sobre los partidos políticos*: criticità e ombre di incostituzionalità

In materia di disciplina antiterrorismo l'ordinamento spagnolo, come anteriormente osservato, presenta l'ulteriore peculiarità di aver adottato una normativa sui partiti politici che ne prevede la dissoluzione nelle ipotesi riconducibili alla fattispecie dell'illecito costituzionale³. Trattasi

³ Per un approfondimento in chiave comparata delle discipline statali in materia di limiti alla libertà di associazione politica v. Corcuera Atienza, Tajadura Tejada, Vírjala Foruria (2008).



Saggi

della *Ley Orgánica* 6/2002 che portò alla nota *ilegalización* di Batasuna e degli altri partiti minori facenti parte del cosiddetto “*entorno* Eta”. Di tal modo l’ordinamento spagnolo rispondeva al dilemma democratico con il quale era da anni costretto a confrontarsi e che si sostanziava nella conclamata presenza nelle assemblee rappresentative, principalmente autonome e municipali, di organizzazioni partitiche legate al gruppo terroristico *etarra* che, in ragione dei vantaggi giuridici e finanziari legati al riconoscimento del loro *status* giuridico quali partiti politici, consentivano la creazione di un canale diretto di fondi e risorse economiche in favore dell’organizzazione terroristica Eta.

Non è senza dubbio una coincidenza che la normativa introdotta con la L.O. 6/2002 sia temporalmente vicina al tragico episodio delle Torri Gemelle, né tanto mistero ne fece l’allora Presidente del Consiglio Aznar. In tale contesto internazionale, anche la Spagna coglieva l’occasione per unirsi alla schiera delle democrazie impegnate alla lotta al terrorismo; si avviava così il procedimento legislativo che portò all’approvazione – non senza polemiche – dell’attuale *Ley Orgánica* 6/2002. Non si trattava di una novità in termini assoluti per l’ordinamento spagnolo, nel quale viveva già da tempo una disciplina *ad hoc* per i partiti politici che, oltre a regolarne la costituzione, prevedeva un procedimento di dissoluzione giudiziale nei casi individuati dal legislatore: il riferimento è alla L.O. 54/1978 che, ad ogni modo, non trovò mai applicazione, pur essendo in quel tempo già nota la connivenza del partito Batasuna con il gruppo terrorista indipendentista (Torres Del Moral 2004).

Brevemente si dirà che, in base alla legge del 1978, lo scioglimento dei partiti politici veniva previsto in due specifiche ipotesi: nel caso in cui la loro condotta fosse penalmente rilevante (art. 5.2.a) ovvero quando la lo-



ro organizzazione o attività fosse stata contraria ai principi democratici sanciti dal testo costituzionale (art. 5.2.b). Quest'ultima previsione poneva non pochi dubbi di interpretazione e attuazione, quali l'incertezza sull'autorità giudiziaria competente a esercitare il controllo sui partiti politici, nonché la mancata individuazione delle condotte che avrebbero legittimato la dissoluzione del partito.

La legge organica del 27 giugno 2002 costituiva, pertanto, una riforma annunciata. Non sorprende come, tra le motivazioni esposte dal legislatore nel Preambolo al testo della nuova normativa, figuri il riconoscimento della avvertita necessità di introdurre un procedimento, concreto e realmente effettivo, di dissoluzione dei partiti politici che «in maniera reiterata e grave, attentano al regime democratico, giustificano il razzismo e la xenofobia, appoggiano politicamente la violenza e le bande terroriste».

La legge veniva approvata con una grandissima maggioranza e con soli 10 voti contrari, espressi dal Partito Nazionalista Basco e dalla coalizione formata da Herri Batasuna, Batasuna e Euskal Herritarrok.

4.1. Terrorismo e pluralismo politico. Il controllo della costituzionalità esterna dei partiti politici

Il punto di maggiore attenzione, sia in sede di elaborazione della nuova disciplina che nelle discussioni dottrinali, ha riguardato la scelta del legislatore di limitare il controllo della democraticità del partito alle sue attività. L'opzione esclusa dalla riforma, ossia quella di estendere l'esame anche a determinati programmi o obiettivi perseguiti dai partiti, ma non ancora attuati, aveva sollevato numerose critiche per lo più lega-



Saggi

te all'obiezione secondo cui il controllo ideologico avrebbe alterato l'essenza della democrazia spagnola in senso "militante".

Per comprendere appieno il dibattito che interessò l'individuazione del momento al quale fare risalire l'esame della democraticità dei partiti è necessario richiamare il disposto costituzionale di cui all'articolo 6 CE. Come noto, la Costituzione spagnola veniva concepita e promulgata in un periodo in cui non solo il riconoscimento del ruolo istituzionale dei partiti politici era stato sancito nelle Carte costituzionali di altre democrazie, come quella italiana o francese, ma si discuteva vivacemente dei profili che la loro disciplina avrebbe dovuto trattare in virtù della particolare natura degli stessi.

Nel corso dei lavori in Costituente non si contestò, dunque, la necessità di provvedere alla costituzionalizzazione dei partiti politici quanto, piuttosto, la possibilità di esplicitare, a fronte di tale riconoscimento, i limiti costituzionali entro i quali la creazione e l'attività dei partiti sarebbe stata considerata lecita. Tuttavia, nonostante l'opzione verso una formulazione più dettagliata della disciplina partitica emergesse con chiarezza nei dibattiti costituenti, si preferì adottare una formulazione conforme agli standard di genericità delle disposizioni costituzionali, conservando nel testo dell'articolo 6 CE un vago riferimento all'obbligo di una struttura interna e di un funzionamento democratico.

Come osservato in dottrina, l'articolazione finale della disposizione *de qua* accoglieva due principi cardine del regime giuridico dei partiti politici: il principio della *constitucionalización* delle associazioni partitiche, in base al quale si garantisce la libertà di creare e costituire tali organizzazioni, nonché il principio di *constitucionalidad*, che ne subordina la legittimità al rispetto delle libertà fondamentali (Rodríguez 1989).



Saggi

La posizione espressa in Costituente continuò a essere maggioritaria nella dottrina elaborata nei decenni successivi all'entrata in vigore del testo costituzionale; sulla base di una lettura sistematica dell'intero testo fondamentale si sostenne che, in assenza di limiti alla revisione costituzionale (art. 168 CE) l'ordinamento spagnolo rispondeva ad una concezione relativista della democrazia che non lasciava spazio a forme di controllo costituzionale né rispetto ai programmi politici da questi perseguiti né, secondo le posizioni più estremiste, rispetto alle loro condotte (De Otto 1985, 40 e ss.). Le uniche ipotesi che avrebbero consentito l'incriminazione di un partito politico venivano limitate all'area del penalmente illecito (Jiménez Campo 1981).

Meno radicale, anche se elaborata a partire dalle medesime premesse, è la tesi che riconosce nella previsione di cui all'articolo 6 CE la possibilità di introdurre limiti di natura costituzionale alle sole attività poste in essere dai partiti ma non anche agli obiettivi politici, ai programmi o ai manifesti ideologici propugnati da tali soggetti; ed è proprio sulla base di tale concezione che il legislatore della riforma ha modellato la disciplina del controllo sulla costituzionalità esterna delle associazioni partitiche, sottolineando chiaramente nel Preambolo della legge come «la presente Ley [...] a diferencia de otros ordenamientos, parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defiende mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos».

Passando al testo di legge, pur essendo rubricata come una normativa sullo *status* giuridico dei partiti politici, gran parte delle disposizioni della L.O. 6/2002 riguardano i presupposti e le modalità di una eventuale dissoluzione, essendo le previsioni dedicate alla registrazione e al finan-



Saggi

ziamento degli stessi in numero notevolmente inferiore ed appena articolate rispetto alle prime. Per contro, il vizio di eccessiva vaghezza che aveva paralizzato ogni intervento in materia con la precedente regolamentazione viene in parte scongiurato da una dettagliata disciplina delle ipotesi che legittimano lo scioglimento di un partito politico e che si sostanziano in condotte lesive dei principi democratici, con le quali, come chiarito dal legislatore, il partito pretende «deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» (art. 9.2).

Dall'analisi dell'elencazione di cui al secondo e terzo comma dell'articolo 9 della L.O. 6/2002 emerge come, nonostante non tutte le condotte siano espressamente relazionate con l'azione terrorista, il nucleo centrale del controllo sull'attività del partito verte proprio su tale fenomeno; anche nel caso della «promozione e giustificazione degli attentati contro la vita e l'integrità delle persone» (art. 9.2, lett. a) ovvero della «legittimazione della violenza come metodo per il conseguimento di obiettivi politici» (art. 9.2, lett. b), pur non leggendosi alcun riferimento al terrorismo, è chiara la relazione con tale esso. A questo proposito si condivide la critica emersa in dottrina (Català i Bas 2004) rispetto l'opportunità mancata di inserire in tale novero altre condotte intolleranti, quali xenofobia, integralismo e fondamentalismo, che avrebbero consentito alla normativa di sanzionare altre condotte estremiste già note ad altre realtà europee (si pensi ad Alba Dorata in Grecia).

Tra gli «illeciti costituzionali» che legittimano la dissoluzione di un partito politico, particolarmente problematica è risultata la previsione della fattispecie di «appoggio tacito al terrorismo» prevista alla lettera a) del comma terzo dell'articolo 9. Trattasi dell'ipotesi in cui il partito non condanni pubblicamente atti o azioni terroristiche, circostanza che viene



equiparata dal legislatore alla legittimazione delle stesse. Sulla fattispecie dell'appoggio tacito al terrorismo, le principali perplessità, sorte già in sede di elaborazione del testo normativo, hanno riguardato, *in primis*, l'eccessivo margine di discrezionalità che la previsione lascerebbe all'autorità giudiziaria competente, sussistendo evidenti problemi in ordine al riscontro probatorio della fattispecie in questione. Inoltre, come osservato in tal senso in dottrina (Vírgala Foruria, 2003-2004), l'equiparazione dell'astensione da una condanna diretta e puntuale di atti terroristici con una fattispecie positiva di collusione con la banda terroristica finirebbe per introdurre per la porta secondaria quella forma di controllo sull'ideologia ed i fini politici del partito che, in virtù della lettura predominante dell'articolo 6 CE, rimane esclusa dall'ordinamento costituzionale spagnolo.

4.2. Il momento della giurisprudenza. Nuova legittimità costituzionale con la STC 48/2003 sotto la guida della Corte Edu

La questione appena prospettata è stata al centro del ricorso di incostituzionalità sollevato dal Governo dei Paesi baschi avverso la L.O. 6/2002, nel quale si contestava la legittimità di tale fattispecie, articolata secondo il principio del "chi tace acconsente". Orbene, il ricorso appena citato rappresenta uno dei *critical moments* più importanti nel cammino che portò alla illegalizzazione dei partiti politici satelliti del gruppo terroristico Eta in quanto, con la sentenza 48/2003, il *Tribunal constitucional* ebbe modo di definire ulteriormente la portata della nuova disciplina e allo stesso tempo di chiarire le questioni di teoria democratica sottese alla



Saggi

normativa. A tal proposito, non è passata inosservata la speciale rapidità della Consulta nel decidere la questione di costituzionalità sollevata dal Governo basco⁴, interpretata come una chiara prova della volontà di inserirsi nella disputa, principalmente politica, che travolse la normativa in questione (Montilla Martos, 2003).

Quanto al suo contenuto, la pronuncia può inquadrarsi nella categoria delle sentenze interpretative di rigetto in quanto, pur respingendo ogni motivo d'incostituzionalità sollevato nel ricorso introduttivo, fornisce la chiave interpretativa di ciascuna delle disposizioni impugnate, tanto da essere stata qualificata nella sostanza come una valutazione positiva dell'incostituzionalità della normativa così per come redatta.

Procedendo con ordine, il ricorso presentato dal Governo basco riguardava buona parte del testo della disciplina e principalmente i presupposti stabiliti *ex art.* 9 per l'illegalizzazione di un partito politico. Si ripresenta la questione della modificazione in senso militante della democrazia spagnola in ragione dei nuovi limiti imposti all'azione dei partiti politici. Sul punto il *Tribunal constitucional* parte dalla semplice premessa secondo cui per i partiti politici, in ragione delle funzioni pubbliche da essi svolte, sussistono limiti ulteriori rispetto a quelli previsti per le mere associazioni tra privati che impongono loro il rispetto della Costituzione e della legge, anche al di là delle mere ipotesi di illecito penale; tale circostanza, tuttavia, non sarebbe di per sé sufficiente a includere nel novero

⁴ Rispetto alla tempistica del giudizio di legittimità costituzionale di cui si discute, il ricorso veniva presentato dal Governo basco il 28 settembre 2002, appena tre mesi dopo la pubblicazione della L.O. 6/2002 - *Boletín oficial del Estado* il 27 giugno- e la sentenza depositata il 12 marzo 2003.



Saggi

delle democrazie protette l'ordinamento spagnolo in quanto, tanto la revisionabilità dell'intero testo costituzionale *ex art.* 168 CE, quanto la limitazione del controllo di democraticità alle sole condotte dei partiti, non introdurrebbero una difesa sostanziale della Costituzione in senso militante. È evidente, dunque, come la scelta del *Tribunal constitucional* sia ricaduta nella riproposizione delle classiche categorizzazioni di teoria democratica che trovano fondamento in una concezione della democrazia militante ancorata al costituzionalismo postbellico (Revenge Sanchez, 2005).

Rispetto alla costituzionalità della condotta di appoggio tacito al terrorismo contestata dai ricorrenti, la Consulta, piuttosto che soffermarsi su di essa, propone un'interpretazione globale delle ipotesi di illegittimità affermando che dall'analisi di esse «en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración y apoyo al errorismo o la violencia» (pr. 10, in diritto); ciò basterebbe, pertanto, a escludere qualsiasi violazione della libertà ideologica riconosciuta ai partiti.

In generale, secondo la *Corte constitucional*, adottate le opportune "correzioni interpretative", la L.O. 6/2002 avrebbe introdotto delle limitazioni legittime e proporzionate rispetto all'esigenza sottesa alla normativa, ossia la dissoluzione di partiti che attentino, con mezzi violenti, al regime democratico costituito.

Riecheggia nelle motivazioni appena richiamate la giurisprudenza elaborata dalla Corte Edu in materia di partiti politici, pronunciata in occasione di alcuni conosciutissimi casi di dissoluzione giudiziale; come si ricorderà, nel giudizio che riguardò il Refah Partisi turco⁵, con una stori-

⁵ Brevemente si ricorderà come le disposizioni costituzionali turche impongono il rispetto di una serie di valori tra cui quelli enunciati all'articolo 2 della Costituzione, se-



Saggi

ca pronuncia intervenuta proprio nello stesso arco temporale della vicenda analizzata, la Corte aveva avuto occasione di precisare i limiti alla libertà di associazione politica riconosciuta dall'articolo 11 della Convenzione: come noto, in base a quanto sancito dal secondo paragrafo della suddetta disposizione, saranno legittime le restrizioni al pluralismo politico giustificate da esigenze di «sicurezza nazionale, sicurezza pubblica, difesa dell'ordine pubblico o protezione dei diritti e delle libertà altrui» che possano considerarsi come necessarie in una società democratica.

Come chiarito dalla Corte Edu anche in altre occasioni⁶, è possibile dettare una disciplina in materia di partiti politici che, tenendo conto dell'attuale e sempre più avvertita esigenza di protezione delle democrazie moderne, regoli in maniera puntuale le ipotesi di illegittimità costituzionale in quanto «un partito politico potrà anche perseguire come obiettivo o pretendere una modifica legislativa o della struttura legale e costituzionale di uno Stato purché siano rispettate le seguenti condizioni: i mezzi utilizzati a tal fine devono essere legali e democratici e le modifiche che si intendono attuare devono essere compatibili con i principi democratici» (Corte Edu, sent. 31 luglio 2001, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, par. 42).

condo il quale «la Repubblica turca è uno stato di diritto democratico, laico e sociale, rispettoso dei diritti dell'uomo» e prevedono un rigido controllo dei programmi e delle attività dei partiti politici ai quali si impone il rigoroso rispetto del principio di laicità. È proprio in relazione a tale aspetto che con sentenza del 16 gennaio del 1998 la Corte costituzionale turca decretava lo scioglimento del Partito Islamico della Prosperità.

⁶ Corte Edu, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*.



Saggi

È proprio alla luce delle direttrici fornite dalla giurisprudenza citata che il *Tribunal constitucional* rilegge la L.O. 6/2002 conferendo “nuova” legittimità a un testo di legge sicuramente migliorabile sotto il profilo della tecnica normativa, ma legittimo in ordine alle esigenze di protezione sottese alle limitazioni introdotte.

4.3. Prime applicazioni del procedimento di dissoluzione giudiziale di un partito politico: il caso Batasuna

Nello stesso arco temporale in cui si discuteva la questione di legittimità costituzionale della legge 6/2002 sollevata dal Governo basco, aveva inizio il processo finalizzato alla dissoluzione dei partiti politici legati all'organizzazione terroristica Eta, avviato congiuntamente dal *Ministerio Fiscal* e dall'*Abogado del Estado*, in rappresentanza del Governo nazionale⁷. Nonostante si tratti di vicende già note, oggetto di numerosi contributi scientifici, si ritiene opportuno ripercorrere brevemente l'*iter* processuale e le ragioni di diritto che condussero allo scioglimento giudiziale delle suddette formazioni partitiche, trattandosi di un interessante esempio di bilanciamento tra esigenze emergenziali legate al fenomeno terroristico e principi fondamentali di un ordinamento democratico.

Orbene, le motivazioni indicate nelle domande di *ilegalización* presentate alla competente *Sala del Tribunal Supremo* da entrambi i ricorrenti erano sostanzialmente identiche: si sosteneva che i partiti politici di cui

⁷ I suddetti ricorsi venivano riuniti in un unico procedimento in ragione dell'unicità dell'oggetto della domanda a cui non prendevano parte Herri Batasuna e Euskal Herri-tarrok che, conseguentemente, venivano dichiarati contumaci.



Saggi

si chiedeva la dissoluzione altro non fossero che formazioni di cui si serviva Eta per usufruire dei vantaggi che comportava la partecipazione alla vita politica del Paese e realizzare, in tal modo, il personale piano di destabilizzazione delle istituzioni statali. Secondo la tesi dei ricorrenti, inoltre, le tre formazioni, Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna, pur essendo singolarmente iscritte nel Registro dei partiti politici, integravano un unico soggetto con denominazione diversa ma identica finalità: dare appoggio politico agli obiettivi terroristici dell’Eta.

I motivi di ricorso brevemente citati venivano puntualmente contestati dalla difesa di Batasuna che negava qualsiasi contatto con le altre organizzazioni politiche, qualificando come mera “coincidenza” l’identità pressochè assoluta dei direttivi dei tre partiti politici e riproponendo, in diritto, le motivazioni già allegate dal Governo basco nel ricorso di incostituzionalità avverso la L.O. 6/2002: si tornava a contestare il carattere astratto della normativa, additata di essere una *ley de caso único*, la costituzionalità della previsione di limiti aggiuntivi alla libertà di associazione politica al di fuori delle ipotesi contemplate dal Codice penale, la violazione della libertà di pensiero costituzionalmente garantita per la previsione di ipotesi di illegalizzazione quali – come visto – l’appoggio tacito al terrorismo.

Orbene, il 27 marzo 2003 veniva emessa la sentenza con la quale il *Tribunal Supremo* dichiarava l’illegittimità e la conseguente dissoluzione dei partiti politici coinvolti nel processo. In tal senso, dopo aver premesso che il pluralismo politico occupa nell’ordinamento costituzionale spagnolo una posizione di preminenza, la *Sala* precisava come il riconoscimento di tale principio non potesse essere inteso “a carattere illimitato”; in ragione dell’oggetto delle limitazioni introdotte dalla normativa,



Saggi

attinenti alle sole condotte poste in essere dal partito, si ribadiva la tesi già articolata dal *Tribunal constitucional*, ovvero, si escludeva una modificazione in senso militante della democrazia spagnola, non sussistendo alcun «deber de adhesión a los postulados ideológicos contenidos en la Constitución» (pr. 7).

Rispetto ai partiti di cui si chiedeva la dissoluzione, nei confronti di Batasuna – unico soggetto rimasto attivo dopo l'entrata in vigore della normativa – la *Sala* riconosceva l'integrazione della fattispecie di appoggio politico al terrorismo avendo questi fomentato e legittimato in ripetute occasioni la violenza e le azioni terroristiche compiute dal gruppo *etarra*. A riprova delle accuse mosse contro il partito basco, il *Tribunal Supremo* ricorreva alla tecnica argomentativa nota come «levantamiento del velo», frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza statunitense in materia di illeciti societari, al fine di dimostrare la vera identità di Batasuna. Richiamando una serie di elementi fattuali, quali la sostanziale identità dei soggetti ai quali veniva affidata la direzione del partito con gli esponenti del gruppo terrorista basco, l'utilizzo delle stesse sedi da parte dei tre partiti contro cui si ricorreva, e ancora, la coincidenza dei programmi politici e della simbologia legata alla lotta indipendentista *etarra*, la *Sala* riconosceva in Batasuna, Herri Batasuna ed Euskal Herri-tarrok «un unico soggetto reale, ossia l'organizzazione terroristica Eta».

Alla luce delle considerazioni esposte, con l'unanimità dei voti la *Sala especial* del *Tribunal Supremo* ordinava la dissoluzione dei partiti Herri Batasuna, Euskal Herri-tarrok e Batasuna, nonché la cessazione immediata delle loro attività. Con l'esecuzione delle suddette pronunce, cessava il finanziamento diretto dell'azione violenta e criminale del gruppo terrorista basco, fattore che non può non essere considerato come determi-



Saggi

nante tra le cause che hanno inciso sulla drastica diminuzione degli attentati successivi a tale evento⁸.

La sentenza del 27 marzo 2003 fu immediatamente impugnata dagli esponenti dei partiti Batasuna e Herri Batasuna, con *recurso de amparo* dinanzi il Tribunale costituzionale, cui spettava pronunciarsi sulla legittimità dello scioglimento. Con le sentenze 5/2004 (Batasuna) e 6/2004 (Herri Batasuna), entrambe datate 16 gennaio 2004, la Corte costituzionale spagnola ratificò le conclusioni a cui era giunto il Tribunale Supremo durante il processo di dissoluzione, confermando che «l'identità tra i tre partiti illegalizzati era stata provata e motivata ragionevolmente e sufficientemente».

Diversamente dalla sentenza 48/2003 pronunciata in occasione del ricorso di incostituzionalità a suo tempo presentato da Governo basco, in tal caso il *Tribunal constitucional* affrontò specificamente la questione della previsione, tra le condotte illecite, dell'appoggio tacito al terrorismo; secondo la Consulta, tale fattispecie, lungi dall'imporre un obbligo positivo per i partiti politici lesivo della loro libertà d'espressione, risponderebbe al riconoscimento in capo a tali soggetti di una sorta di responsabilità "aggravata" in ragione della funzione costituzionale da questi svolta, per cui, astenersi dal condannare pubblicamente l'azione terroristica

⁸ La *ilegalización* dei partiti politici coinvolti nel processo risolto il 27 marzo 2003 non è stato l'unico caso di dissoluzione di un partito politico in Spagna. Altrettanta attenzione destò la vicenda relativa al partito Eusko Abertzale Ekintza / Accion Nacionalista Vasca (Eae/Anv), rispetto al quale il *Tribunal Supremo*, con sentenza 31/2009, del 29 gennaio 2009, dichiarò la dissoluzione giudiziale. I motivi della suindicata decisione e della giurisprudenza elaborata a tal proposito dalla Corte Edu sono ampiamente sviluppati da Martín-Retortillo Baquer (2013), cui si rimanda per un approfondimento sul tema.



Saggi

equivarrebbe ad appoggiarne direttamente tale condotta. Sempre in tal senso, il *Tribunal* considera che la mancata condanna del partito rispetto al compimento di episodi violenti relazionati al terrorismo, in un contesto nel quale la scena politica si distanzia pubblicamente da tali eventi, sicuramente «adquiere una evidente densidad significativa por acumulación» (pr. 18, in diritto). Infine, si precisava come l'anteriore condotta fosse stata valutata congiuntamente alla reiterazione di altri comportamenti ed altre azioni dimostrative di una chiara connivenza del partito disciolto con il gruppo terrorista *etarra*.

Nella sentenza 6/2004, relativa alla dissoluzione del partito Herri Batasuna, tra le cause per cui veniva presentato l'*amparo* ve ne erano due peculiari alla posizione del suddetto partito: si sosteneva che Herri Batasuna fosse stato dichiarato illegale per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della L.O. 6/2002 e per condotte che erano imputabili agli altri partiti coinvolti nello stesso processo. Per il Tribunale costituzionale, così come considerato già dal *Tribunal Supremo*, le tre organizzazioni politiche non erano altro che un'unica entità dietro la quale si celava la banda terroristica Eta. Pertanto non vi era distinzione alcuna nelle condotte poste in essere, in quanto tutte erano riconducibili a uno stesso partito con denominazione diversa. In entrambi i casi, dunque, la *ilegalización* dei ricorrenti veniva giudicata costituzionalmente legittima.

Alle medesime conclusioni giungeva la Corte europea dei diritti umani nella sentenza con la quale rigettava il ricorso presentato dai rappresentanti di Batasuna e Herri Batasuna avverso il provvedimento di dissoluzione giudiziale (Corte Edu, sent. 30 giugno 2009, *Batasuna e Herri Batasuna c. Spagna*). La Corte, ribadendo quanto affermato nelle pronunce anteriormente citate, dopo aver sancito che «non esiste democrazia



Saggi

senza pluralismo», passava in rassegna il compimento dei requisiti di legittimità da parte della normativa in base alla quale si era disposta la *ilegalización* dei ricorrenti⁹: la L.O. 6/2008 prevedeva precipuamente le ipotesi limitative della libertà di associazione politica, risultando precisa e concreta. In entrambi i casi, «lo scioglimento dei partiti politici ricorrenti risulta giustificato da un bisogno sociale imperioso e la dissoluzione può essere considerata come necessaria in una società democratica per il mantenimento della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico e della protezione dei diritti umani come previsto dall'articolo 11.2 della Convenzione europea dei diritti umani»; ed infine le misure adottate erano proporzionali al fine perseguito.

La Corte Edu si premurava di ribadire ulteriormente i margini entro cui la libertà di associazione politica è riconosciuta in seno al Consiglio d'Europa e il margine di apprezzamento rimesso agli Stati membri, affermando che un partito politico potrà legittimamente sostenere e condurre una campagna a favore di un cambiamento della legislazione e delle strutture legali o costituzionali dello Stato, semprechè siano rispettate due condizioni: i mezzi utilizzati a tal proposito devono essere da ogni punto di vista legali e democratici ed i cambiamenti proposti devono essere compatibili con i principi democratici (Rodríguez 2010). Alla luce delle considerazioni brevemente riportate, la Corte confermava, dunque, come pienamente legittime le misure di dissoluzione adottate a livello interno dalla Spagna.

⁹ Per una dettagliata analisi dell'applicazione del cd. "test di Strasburgo" al caso del partito Batasuna si veda Lopez de La Fuente (2014).



4.3.1. I tentativi di ricostituzione del partito disciolto: l'improcedibilità della registrazione di Abertzale Sozialisten Batasuna e lo scioglimento di Anv

In conclusione, meritano una rapida menzione i fatti che interessarono l'esecuzione della sentenza che decretò lo scioglimento dei suddetti partiti politici.

Tra gli effetti connessi alla dissoluzione giudiziale di un partito politico dichiarato illegale, il legislatore della riforma aveva prontamente incluso l'improcedibilità delle domande di costituzione e registrazione provenienti da quei partiti che, pur presentandosi formalmente come nuovi, avessero continuato l'attività di un partito dichiarato illegale. In virtù di tale previsione, quando nel 2007 Batasuna tentò di ricostituirsi, avviando le procedure per l'iscrizione nel Registro dei partiti politici del gruppo politico Abertzale Sozialisten Batasuna, tanto il Pubblico Ministero, quanto l'*Abogado del Estado* presentarono domanda di *ejecucion de sentencia*, affinché venisse dichiarata fraudolenta e non procedibile la costituzione del partito Abertzale.

Al Tribunale Supremo spettava il compito di valutare se era stata data corretta esecuzione alla sentenza con la quale a suo tempo si era disposta la dissoluzione del partito Batasuna sulla base non tanto dell'attività svolta dal partito Abertzale, essendo questa scarsa o pressoché inesistente, quanto sulla considerazione degli elementi in grado di dimostrare la sostanziale continuità tra il nuovo soggetto e il partito disciolto.

Nel caso di specie, il Tribunale Supremo ha individuato una serie di elementi sufficientemente rilevanti e di per sé idonei a provare il requisito della continuità (*Tribunal Supremo, Auto* del 22 maggio 2007): tra questi vi era il coinvolgimento dei promotori del nuovo partito con la vec-



Saggi

chia organizzazione politica, nonché l'utilizzo dello stesso simbolo adoperato anche da Batasuna. Rispetto al primo dato fattuale, la *Sala* sosteneva che, in assenza di dichiarazioni pubbliche di condanna o allontanamento da quelle che erano state le azioni promosse e le condotte perseguite dal partito dichiarato illegale, poteva dedursi la sostanziale continuità tra i due soggetti.

Quanto alla limitazione dell'esercizio dei diritti politici attivi che il divieto di ricostituzione chiaramente comporta, per la giurisprudenza di legittimità trattavasi di una restrizione più che proporzionale all'esigenza di tutela della sicurezza pubblica e della stessa democrazia, esigenza che veniva vanificata dalla ricostituzione di un partito, nella sostanza identico a quello già valutato come illegale. Come chiarito dalla *Sala*, «i diritti in questione potrebbero essere lecitamente esercitati mediante l'adesione ad altra formazione politica o la creazione di un nuovo partito che non presenti nessun legame con quello disciolto».

Si sosteneva, inoltre, che allorquando sussistano elementi sostanziali che provino la continuazione o successione di un nuovo soggetto al partito illegalizzato, sarà onere degli stessi promotori contrastare questi indizi attraverso la condanna pubblica e il rifiuto esplicito del terrorismo. Nel caso del partito Abertzale, l'aver inserito nello statuto la previsione di azioni ed obiettivi pacifici, non veniva considerato dalla *Sala* elemento sufficiente a contrastare la portata degli altri indizi, per cui si concludeva per l'improcedibilità della sua costituzione.

L'episodio appena descritto costituisce solamente il primo, anche in ordine temporale, di numerosi tentativi di ricostituzione dei partiti disciolti a riprova della perseveranza degli esponenti del gruppo terroristico *etarra* nel mantenere un canale politico attivo che gli assicurasse



principalmente risorse economiche per il finanziamento della loro lotta antisistema.

5. Spunti di riflessione

Come è emerso nel corso di tale sintetica trattazione del diritto d'eccezione spagnolo, il modello adottato dalla Spagna è stato frutto delle reiterate crisi costituzionali vissute da tale Paese: esso, uscito da decenni di dura dittatura, si ritrova a dover ricostruire una propria identità democratica ispirandosi, per un verso, al modello degli ordinamenti costituzionali già consolidati e dovendo, allo stesso tempo, affrontare i dilemmi democratici che il fenomeno terroristico interno prospettava.

In tale contesto, la costituzionalizzazione di regimi emergenziali differenti è stata una via obbligata per i Costituenti del tempo che, seguendo una tradizione già consolidata nei precedenti testi costituzionali, non esitarono a inserire nella Costituzione del 1978 le disposizioni che sono state al centro della prima parte del presente contributo, ossia l'articolo 116 CE ed il secondo comma dell'articolo 55 CE, secondo una logica di fondo: «si las relaciones de normalidad están reguladas en el Derecho habrá que suponer que el caso excepcional, el supuesto anormal, debe encontrarse también sometido a la correspondiente normatividad» (Alvarez Conde 2008).

A livello costituzionale, dunque, riscontriamo un alto grado di razionalizzazione normativa del diritto emergenziale, integrato sia da regimi sospensivi delle libertà generalizzati, sia dalla previsione della possibilità di sospendere determinati diritti *ad personam*. Sicuramente potrebbe



Saggi

osservarsi che, come emerso nel corso dell'analisi svolta, la costituzionalizzazione degli stati derogatori ha lasciato comunque aperte vie secondarie alla adozione di provvedimenti di indubbia legittimità; parimenti si è avuto modo di evidenziare l'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nel bilanciare le libertà e i diritti in gioco, in un contesto nel quale anche a livello europeo erano stati delineati i limiti consentiti all'esercizio della libertà di associazione politica, a riprova che l'esigenza di democraticità dell'operato politico dei partiti travalicava già i confini della penisola iberica.

Non rimangono che due brevi considerazioni finali. Nel corso del presente contributo non si è mai accennato alla questione del binomio sicurezza-libertà, tematica centrale nei principali scritti sul tema. Non si tratta di una scelta ponderata, quanto di un aspetto assente nel dibattito dottrinale spagnolo. Risulta, infatti, pressoché condivisa l'idea per cui non esiste contrasto alcuno tra i due valori: come afferma Torres del Moral (2010), «la seguridad y el orden proporcionados por la ley [...] están al servicio de la libertad, de la justicia y de la dignidad humana, y no al revés».

Quanto poi all'interrogativo prospettato al principio del presente contributo, ovvero, la tenuta del sistema emergenziale analizzato rispetto al fenomeno terroristico odierno, si tratta di una questione aperta che in parte trova risposta nell'*excursus* della normativa in materia di partiti politici realizzato nella seconda parte del lavoro: le misure normative adottate per fronteggiare gli attacchi perpetrati contro il regime democratico sono modellate su di un preciso *identikit* che risponde al nome di Eta.



Bibliografia

Aba Catoira, A. (2011), *El Estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 28, pp. 305-334.

Álvarez Conde, E. (2008), *Curso de Derecho constitucional*, Vol. I, Madrid: Tecnos.

Barak, A. (2002), *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. Cost.*, p. 3385 ss.

Blanco Valdés, R. L. (2013), *Costituzione, illegalità dei partiti e politici e difesa dello Stato democratico in Spagna*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy & Security Review*, 3 (1).

Bonetti, P. (2006), *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna: Il Mulino.

Carro Martínez, A. (1998), *Artículo 116: situaciones de anormalidad constitucional*, in *Comentarios a la constitución española de 1978*, (dir. O. Alzaga Villaamil), tomo IX, Madrid: Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas.

Català i Bas, A. H. (2004), *La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la ley de partidos políticos*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, n.61.

Corcuera Atienza, J., J. Tajadura Tejada, E. Vírjala Foruria (2008), *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid: Ed. Dykinson.

De Otto, I. (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid: CEC p. 40 ss.

De Vergottini, G. (2004), *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 37 (111), settembre-dicembre, p. 1188.



Saggi

Fernández Segado, F. (1996), *Artículo 55. La suspensión de derechos*, in O. Alzaga Villamil (cur.) (1996), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 597 ss.

Garrido López, C. (2007), *Sobre el estadio de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración*, in *Revista de Derecho Político*, num. 68, pp. 107-142.

Jiménez Campo, J. (1981), *La intervención estatal del pluralismo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 1, p. 173.

López de La Fuente, G. (2014), *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Granada: Comares.

Lucas Verdú, P. (1979), *De la suspensión de los derechos y de las libertades*, in AA.VV. *Constitución española. Edición comentada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 146.

Martín-Retortillo Baquer, L. (2013), *Las veleidades terroristas deslegitiman a un partido político: enérgica doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *European Review of Public Law*, vol 25, num.3.

Montilla Martos, J. A. (2003), *Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos*, in *Teoría y realidad constitucional*, num. 12-13, pp. 559-585.

Remotti Carbonell, J. C. (1999), *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid: Colex.

Requejo Rodríguez, P. (2001), *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, in *Revista de Derecho Político*, num. 51, pp. 106-137.



Saggi

Revenge Sánchez, M. (2005), *El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España*, in *Revista de Derecho Político*, num. 62, pp. 11-31.

Rodríguez, A. (1989), *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Madrid: CEC.

Rodríguez, A. (2010), *Batasuna ante el Tribunal europeo de derechos humano: protección “multinivel” de derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España*, in *Revista de Derecho comunitario europeo*, num. 35, enero-abril, Madrid, p. 195 ss.

Sánchez Agesta, L. (1980), *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, pp. 179-180.

Santoalla Lopez, F. (1981), *Cronica parlamentaria*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 1 (2), maggio-agosto, pp. 249- 282.

Tajadura Tejada, J. (2004), *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Madrid: Thomson-Civitas.

Tajadura Tejada, J., E. Vír gala (2008), *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, p. 38 e ss.

Tenorio Sánchez, P. (2008), *Constitución y legislación antiterrorista*, in *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, enero-agosto, pp. 553-605.

Torres del Moral, A. (2010), *Terrorismo y principio democrático*, in *Revista de Derecho Político*, UNED, num. 78, maggio-dicembre, pp. 95-160.

Torres del Moral, A. (2004), *La inconstitucionalidad de los partidos políticos. A propósito de la ley organica 6/2002 de partidos políticos*, in *Revista de Derecho Político*, num. 60, pp. 41-71.



Saggi

Vírgala Foruria, E. (1994), *La suspensión de derechos por el terrorismo en el ordenamiento español*, in *Revista española de Derecho constitucional*, 14 (40), gennaio-aprile, p. 63.

Vírgala Foruria, E. (2003-2004), *La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: el estado de derecho penetra en Euskadi*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 12-13, p. 618 e ss.



Abstract

The Spanish Experience: From Inner Terrorism to Global Threat. Instruments of Defence of a “Bench Proof” Democracy

The Spanish System represents a minor reality in a context in which Western European Democracies have opted to exclude from their Constitutions the preventive provision of the so-called state of emergency and the specific case of terrorism. After all, the events that affected Spain are well-known. Since many years, Spain has been active in the conflict against the Basque Terrorism and the democratic dilemmas, because of the presence in the Parliament of parties linked to the terrorist group Eta. And exactly the well-known Ley organic sobre los partidos políticos 6/2002, which outlawed the Batasuna Party and other political organizations connected to the Eta group.

Therefore, in the Spanish System the article 55, II clause, as well as the legislation related to the political parties tagged as anti-system, represent the fundamental profiles of peculiarity in the field of anti-terrorism legislation. Nevertheless, through this article we will try to demonstrate that the distinctive characteristic in the Spanish discipline does not lie on the provision of extraordinary measures in the Constitution. Instead, the main point is that this phenomenon has been disciplined by a legislation deliberately “fabricated” for a specific subject: Eta.

Keywords: terrorism, state of exception, anti-system parties, security policies, suspension of fundamental rights.



La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia *

di Mauro Trogu **

1. Premessa

Per saggiare la tenuta dei valori dello Stato democratico nelle risposte date al rischio di atti con finalità di terrorismo è necessario appurare come si muova l'intero Stato-apparato di fronte al fenomeno e di quale sia il contesto generale in cui si inseriscono le misure speciali. Tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso alcuni autori lamentavano che la risposta dello Stato italiano al terrorismo interno si fosse limitata al solo piano legislativo, omettendo di dare risposte di natura organizzativa, giudiziaria e amministrativa (Fiore 1981; Conso 1981).

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento al workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).

** Dottore di ricerca in Diritto processuale penale interno, internazionale e comparato. Avvocato del Foro di Cagliari.



Saggi

Oggi non è più così: sono state adottate nuove forme organizzative delle forze dell'ordine e dei servizi di sicurezza, delle Procure della Repubblica e della Direzione nazionale antimafia (Dna); il legislatore ha esteso la portata di misure di natura prettamente amministrativa (espulsione) o al confine tra l'amministrativo e il penale (misure di prevenzione *ex d.lgs. n. 159/2011*); l'autorità giudiziaria ha dato origine a orientamenti che la collocano più tra gli organi di contrasto del fenomeno terroristico che tra quelli di garanzia. Verrebbe da dire che di fronte alla c.d. "minaccia terroristica" i singoli apparati dello Stato abbiano serrato i ranghi.

Eppure, in uno Stato di diritto occorrerebbe sempre poter distinguere i ruoli. È infatti comprensibile che il potere legislativo, stante la sua estrazione politica, tenda a dettare disposizioni dirette a soddisfare le «esigenze emotive di vasti strati di opinione pubblica che auspica una maggiore tutela» (Stile 1981), mentre gli interpreti hanno il compito di valutare la compatibilità di quelle scelte con l'ordinamento costituzionale e di attivare le procedure del caso qualora ravvisino gravi incongruenze.

Partendo da queste premesse, si è tentato di dimostrare che «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» (Bin 2007)¹. Tuttavia, se in altri paesi le Corti e i Tribunali costituzionali sono

¹ Si possono citare al riguardo le seguenti pronunce: *House of Lords*, n. 56/2004, che ha giudicato illegittima perché contrastante con la Cedu la normativa britannica perché sproporzionata e discriminatoria nella parte in cui permetteva la detenzione di sospetti terroristi in ragione dello *status* di stranieri o immigrati per un tempo indefinito e senza l'elevazione di un'accusa nei loro confronti; Tribunale costituzionale federale tedesco, n. 215/2006, che dichiara illegittima, per contrasto con il diritto alla vita e con la tutela della



giunte a dichiarare incostituzionali norme legislative in materia di terrorismo perché lesive dei diritti fondamentali, nella storia italiana la sentenza più emblematica resta quella con cui la Corte costituzionale salvò la norma che incrementava i termini di carcerazione preventiva per gli imputati di fatti con finalità di terrorismo². Si ha l'impressione che una parte rilevante della giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità, tenda a estendere la portata delle misure di contrasto piuttosto che a vigilare sul rigoroso rispetto delle garanzie e delle libertà individuali, come se il modello costituzionale di libertà e garanzie fondamentali non risultasse congeniale all'esercizio della funzione giurisdizionale (Spangher 2015).

La presente analisi si propone di evidenziare in quali processi applicativi del diritto una simile cultura della funzione giurisdizionale rischi di non soddisfare l'esigenza di bilanciamento tra i poteri dello Stato di diritto nella lotta al terrorismo.

2. L'approccio legislativo

In via preliminare, è utile osservare che il legislatore italiano, posto di fronte alla necessità di prevenire e contrastare condotte di terrorismo di ma-

dignità umana la possibilità prevista per legge che un aereo civile potesse essere abbattuto da un aereo militare nel caso in cui terroristi lo dirottino con l'intento di farne un'arma con cui colpire obiettivi civili o militari; sempre il Tribunale costituzionale federale tedesco è intervenuto più volte per limitare l'uso degli strumenti di intercettazione, pedinamento e controllo a distanza, e ha censurato il prolungamento eccessivo dei termini di custodia cautelare (sentenza n. 131/2005).

² Corte cost., sent. n. 15/1982.



Saggi

trice internazionale, negli ultimi tre lustri ha agito nello stesso modo in cui agì negli anni '70 e '80, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Sotto il profilo formale, è frequente il ricorso al decreto legge progettato dal Ministero dell'interno, alle volte di concerto con quello della giustizia: dd.ll. nn. 59/1978, 625/1979, 8/1991, 374/2001, 144/2005, 7/2015.

Sotto il profilo sostanziale, quanto sperimentato negli "anni di piombo"

ha costituito la premessa per affrontare in modo culturalmente attrezzato la sfida della criminalità organizzata. Invero quella legislazione emergenziale è stata l'incubatrice di queste scelte. Recupero del precedente arsenale processuale ed inserimento di nuovi strumenti legati alla struttura delle organizzazioni malavitose sono stati gli elementi "chiave" dell'azione (processuale) per arginare il dilagante ed aggressivo fenomeno della criminalità organizzata (Spangher 2015).

Che quello stesso compendio di strumenti venga nuovamente mutuato nelle azioni anti-terrorismo (Viganò 2006) lo testimoniano le interpolazioni al d.l. n. 152/1991, al d.l. n. 306/1992, al codice delle misure di prevenzione anti-mafia, agli artt. 51 e 407 c.p.p.

Tra le norme di volta in volta introdotte si possono distinguere quelle temporanee e quelle a efficacia temporale indeterminata. Queste ultime sono le più pericolose in quanto le misure restrittive dei diritti adottate in ragione dell'emergenza possono poi essere applicate nella gestione ordinaria di vicende interne (Bin 2006; De Minico 2016) così da determinare un abbassamento permanente del livello di compatibilità del tessuto normativo rispetto al contesto costituzionale, nonché il rischio «dell'assuefazione degli organi della polizia e della magistratura ad una prassi e ad un costume evidentemente influenzati dalla eccezionalità di tali leggi» (Grevi 1981).



Saggi

Quasi tutti gli interventi legislativi incidono contestualmente sul diritto sostanziale, sul diritto della prevenzione e della sicurezza, sul diritto processuale, sull'ordinamento penitenziario. In particolare sono costanti la previsione di nuovi reati o l'aggravamento delle pene per i reati già previsti, la previsione o la modifica di istituti processuali piegati al fine di prevenire e contrastare il terrorismo, creando il c.d. "doppio binario", l'estensione delle categorie di soggetti e di patrimoni sottoponibili a misure di prevenzione personali e reali, anche con previsione di nuove misure di prevenzione e rafforzamento delle esistenti (espulsione dello straniero, d.l. n. 144/2005, d.l. n. 7/2015) e di nuovi strumenti investigativi preventivi o il rafforzamento di quelli già previsti, l'inasprimento delle forme di esecuzione della pena.

3. Caratteristiche essenziali della normativa e interpretazioni giurisprudenziali

3.1. Il diritto sostanziale

Il perno dell'intero sistema repressivo è costituito dal compendio di reati di cui agli artt. 270-bis - 270-sexies c.p., i quali hanno come caratteristiche comuni: l'anticipazione sensibile della tutela alla presunta messa in pericolo del bene giuridico; la difficoltà di individuare con precisione la finalità di terrorismo; l'elevata soggettivizzazione delle fattispecie (Stile 1981; Cavaliere 2015; De Minico 2016), nel senso che molte condotte devono essere "finalizzate" al compimento di atti "finalizzati" (Viganò 2007); la tendenza all'universalismo delle norme incriminatrici (vengono



Saggi

punite anche le condotte preparatorie di atti terroristici da compiere all'estero). In più, la fattispecie associativa *ex art. 270-bis c.p.* sconta, oltre al difetto genetico dei reati associativi, con conseguente formazione giudiziale della fattispecie (Insolera 2005), anche l'omessa indicazione del numero dei soggetti necessari a integrarla (Viganò 2007).

Di fronte a simili disposizioni incriminatrici, da parte dell'autorità giurisdizionale ci si aspetterebbe un'interpretazione in linea col principio di tassatività, che renda le fattispecie astratte conformi al principio di offensività e materialità. Al contrario, nella giurisprudenza della Corte di cassazione si vanno affermando orientamenti che richiedono elementi minimi per l'integrazione del reato associativo di cui all'*art. 270-bis c.p.* (Valsecchi 2015)³ e vi ammettono il concorso esterno⁴, che sostengono la

³ Simile a quello richiesto in materia di stupefacenti e diversamente da quanto accade in tema di associazione *ex art. 416-bis c.p.* In giurisprudenza Cass. 12 luglio 2012, C. M., in *Cass. pen.*, 2007, 3974; Cass., I, 11 dicembre 2015, n. 22126, secondo la quale «con riferimento a strutture organizzative "cellulari" o "a rete" – caratterizzate da estrema flessibilità e in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che di volta in volta si presentano, in condizione di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti (v. Cass. n. 31389/2008, Rv. 241175, Bouyahia) – la fattispecie delittuosa di cui all'*art. 270-bis c.p.* deve ritenersi integrata – ovviamente in presenza del necessario elemento soggettivo – anche da un sodalizio che realizza condotte di supporto all'azione terroristica di organizzazioni riconosciute e operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi, alla predisposizione o acquisizione di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento, ossia a tutte quelle attività funzionali all'azione terroristica, etc. alcune delle quali integranti anche fattispecie delittuose autonome, «fuori dai casi di concorso nel reato di cui all'*art. 270-bis c.p.* (vedi artt. 270-ter, 270-quater e 270-quinques c.p.)» (Sez. 6, n. 46308 del 2012 citata): non si capisce dove finisca, in questa pronuncia, il proposito di compiere atti di violenza richiesto dall'*art. 270-bis c.p.*, parrebbe quasi la configurazione del concorso esterno in associa-



configurabilità del tentativo, anticipando oltremodo la soglia di punibilità di fattispecie già caratterizzate da un duplice dolo specifico, così punendo *atti idonei* (art. 56 c.p.) a commettere *atti idonei* (reato di pericolo) ad offendere, ma non concretamente offensivi⁵. Ogni volta che si prospetta un'alternativa, la scelta cade sempre (o quasi) sulla soluzione meno attenta ai principi costituzionali. All'interno del diritto penale non mancano le basi teoriche e dogmatiche per simili ricostruzioni ermeneutiche, ma queste, nel loro complesso, risultano insoddisfacenti nel più ampio contesto costituzionale, se si pensa al giudice penale come ad un organo di garanzia, prima che di repressione.

3.2. Le misure di prevenzione ordinarie e speciali

Come riferito da autorevoli fonti, le misure di prevenzione anti-terrorismo "ordinarie" previste dal d.lgs. n. 159/2011 non hanno trovato

zione da parte di un altro sodalizio. Sulle conseguenze di un simile approccio cfr. Viganò (2007).

⁴ Cass., I, 9 settembre 2015, n. 40699; Cass. 11 ottobre 2006, n. 1072.

⁵ Cass., I, 9 settembre 2015, n. 40699. L'elemento più delicato sta nel presupposto di questa operazione ermeneutica, perchè si dice: essendo «il reato consumato incentrato su un evento [...] altamente pericoloso, è da ritenersi tollerabile ed identificabile in concreto [...] una progressione [...] tale da integrare la soglia di punibilità della condotta». Ci si slega dall'analisi della struttura formale della fattispecie e si auto-attribuisce al giudice l'individuazione di una soglia del pericolo – in quella progressione – diversa da quella individuata dal legislatore, senza valorizzare adeguatamente che la tendenza legislativa «appare essere proprio quella della tipizzazione [...] di ipotesi di tentativo punibile».



un'applicazione significativa (Balsamo 2015). Esse sono rivolte «a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale» (art. 4, lett. d, d.lgs. n. 159/2011).

Il loro scarso successo è forse spiegabile con il fatto che lo spazio per la loro operatività è compresso enormemente, da un lato, dal diritto penale, perché gli atti preparatori obiettivamente rilevanti che giustificano l'applicazione di queste misure sono così vicine alla soglia di punibilità del tentativo configurato dalla giurisprudenza, che non resta molto spazio per la loro applicazione, dall'altro lato, dall'espulsione speciale di cui all'art. 3 d.l. n. 144/2005 e, soprattutto, di quella "ordinaria" di cui all'art. 13 t.u. immigrazione.

Pertanto, piuttosto che esaminare i profili problematici che notoriamente affliggono il sistema di prevenzione, è più proficuo analizzare le criticità di queste forme di espulsione che, stando alle notizie pubblicate sul sito ufficiale del Ministero dell'interno, stanno prendendo largo piede nella prassi e appaiono oggi lo strumento su cui lo Stato fa maggiormente leva per fronteggiare il pericolo terroristico.

3.3. L'espulsione dello straniero sospetto terrorista da parte del prefetto

Si tratta della misura disciplinata dall'art. 13, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 286/1998, che si applica, come le misure di prevenzione *ex* d.lgs. n.



Saggi

159/2011, a chi pone in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti alla commissione dei reati con finalità di terrorismo o a prendere parte a un conflitto all'estero a sostegno di organizzazioni terroristiche. Quindi lo stesso presupposto può giustificare l'avvio di due procedimenti assai differenti tra loro: quello di prevenzione, che perlomeno garantisce l'intervento del pubblico ministero e del giudice ordinario, e quello amministrativo in esame, le cui garanzie non appaiono idonee a salvaguardare il bene della vita in gioco. Il t.u. immigrazione, infatti, prevede che il provvedimento prefettizio possa essere impugnato davanti al giudice di pace, la cui decisione è ricorribile per cassazione solo per violazione di legge, escludendo la possibilità di censurare motivazioni illogiche o contraddittorie.

Corte cost., sent. n. 321/2004 ha avuto modo di affermare, sul parallelo campo delle misure di prevenzione, che una simile limitazione dei motivi di ricorso per cassazione non sarebbe illegittimo. In particolare, non darebbe luogo a un'ingiustificata disparità di trattamento il fatto che nel processo penale si possa chiedere alla Corte di cassazione il controllo della congruenza della struttura logica della motivazione, trattandosi di settori non comparabili. Per giurisprudenza costante del giudice delle leggi, le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione.

È questo uno dei più tralattizi principi di diritto che impediscono di chiedere alla Consulta una valutazione seria sul rispetto dell'art. 24 Cost. Se si ammette che la motivazione è il «necessario complemento delle garanzie dei diritti di difesa, al contraddittorio e alla prova» (Scaparone 2015, 73), in tal modo dovrebbe essere considerata in ogni procedura in



cui entrano in gioco beni di assoluta rilevanza, come quelli coinvolti dal provvedimento di espulsione (libertà personale, libertà di circolazione, di stabilimento, diritto alla sicurezza della vita familiare). Pare davvero eccessivo, e dunque irragionevole, non assegnare alla Corte di legittimità, o a qualsiasi altro magistrato ordinario, il potere-dovere di controllare la motivazione di provvedimenti tanto invasivi emessi da giudici onorari.

3.4. L'espulsione disposta dal Ministro dell'interno

Il Ministro dell'Interno può espellere lo straniero in un momento ancora anteriore rispetto all'insorgenza dei sopra indicati elementi indizianti, sulla base di presupposti evanescenti, ossia: quando nei confronti dello straniero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni terroristiche, anche internazionali (art. 3 d.l. n. 144/2005); qualora lo straniero rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato (art. 13, comma 1, t.u. imm.). Il decreto ministeriale non deve essere convalidato dall'autorità giudiziaria, mentre è previsto che si possa proporre ricorso al Tar, anche se l'impugnazione non sospende automaticamente l'efficacia del provvedimento, il quale potrà essere immediatamente eseguito (anche se resta ferma la possibilità per il tribunale amministrativo di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato a norma delle vigenti regole sul procedimento amministrativo, ma il rischio è che l'esecuzione dell'espulsione preceda la pronuncia del giudice).

L'esito del controllo sulla tenuta dei principi costituzionali in tema di equo processo e di garanzie individuali è deprimente. La Corte costitu-



Saggi

zionale ha dichiarato la legittimità della previsione per cui la proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento di espulsione, affermando che «ciò che il rimettente segnala come un'anomalia degna di attenzione sotto il profilo della legittimità costituzionale è, in realtà, la caratteristica di tutti i provvedimenti amministrativi, la cui efficacia non è sospesa – salva esplicita previsione legislativa – per il semplice fatto della proposizione di un ricorso in sede giurisdizionale» (Corte cost., sent. n. 432/2007).

A sua volta il Tar del Lazio aveva ritenuto «manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 3 comma 2 d.l. n. 144 del 27 luglio 2005 [che era in vigore fino al 31 dicembre 2007 ed escludeva anche la possibilità di sospendere in via giurisdizionale il decreto di espulsione], [...] nella parte in cui prevede l'esecuzione immediata dell'ordine di espulsione senza apprestare adeguate garanzie di tutela e controllo giurisdizionale [...] atteso che i provvedimenti di espulsione in esame non sono finalizzati [...] solo al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle cure della p.a., quali il rispetto della normativa in materia di immigrazione e del sistema pianificatorio vigente ovvero il mantenimento dell'ordine pubblico o della sicurezza interna, ma alla stessa salvaguardia dello Stato e dell'intera collettività dei consociati da attacchi esterni e indiscriminati, quali sono quelli di tipo terroristico»⁶. La pronuncia si attesta su una posizione che, di fatto, ammette la sospensione dei diritti e delle libertà costituzionali in tempi di "emergenza".

In realtà, espellere il sospetto prima ancora che siano decorsi i termini per l'impugnazione del decreto ministeriale è una prassi che viola aperta-

⁶ Tar Lazio (Roma), sez. II, sent. 4 luglio 2011, n. 5826.



mente l'art. 13 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu, per la quale un ricorso può dirsi effettivo solo se è accessibile e adeguato, e tale non può certo definirsi un ricorso da presentare al giudice amministrativo nazionale da chi si trova all'estero in seguito a espulsione, né se, in caso di accoglimento, il soggetto non venga agevolato al fine di rientrare nel territorio dello Stato.

3.5. Brevi considerazioni sull'espulsione amministrativa

L'aver sottratto al controllo del giudice ordinario l'espulsione e aver scelto l'applicazione del procedimento amministrativo determina l'obliterazione delle libertà e dei diritti minimi che ci si possa aspettare quando entra in gioco la libertà personale. Per salvare tale scelta legislativa, sia i giudici comuni, sia quello costituzionale, hanno prediletto ragionamenti più formali che sostanziali. La saldatura di intenti tra autorità giudiziaria amministrativa, giudice delle leggi e Ministro dell'interno è evidente, e questo fa vacillare i principi dello Stato di diritto. Sulla pagina internet ufficiale del Ministero dell'interno si può verificare l'importante numero di espulsioni a carico di soggetti sospettati di simpatizzare con le ideologie di matrice terroristica, e confrontando questa mole di provvedimenti con l'esiguo numero di sentenze emesse dalla Corte di cassazione in materia di terrorismo viene da pensare che lo strumento prediletto per il contrasto a questo preoccupante fenomeno sia proprio quello dell'espulsione.

Ma sorge spontaneo interrogarsi sulla coerenza di un ordinamento che, da un lato, mira a prevenire il rischio di azioni terroristiche all'estero anticipando la tutela penale all'inverosimile, e poi facilita l'espulsione dei soggetti presumibilmente pericolosi, sollevandosi così dall'onere di vigi-



lare sugli stessi e di ostacolarne gli intenti. La risposta è nei più recenti casi di cronaca, i quali dimostrano che soggetti espulsi dal territorio italiano hanno potuto poi compiere atti terroristici all'estero, ledendo beni che, teoricamente, il nostro ordinamento vorrebbe tutelare.

Non è infatti certo che i soggetti espulsi vengano messi nelle mani di autorità giudiziarie o di polizia in grado di sorvegliarne le azioni. E quando ciò accade, comunque, nulla vieta di pensare che l'espulsione possa essere usata a mo' di estradizione mascherata, con buona pace dei diritti del ricercato.

3.6. Il doppio binario processuale

Quando il presunto terrorista non viene espulso, il compito di raccordare le indagini preventive con l'applicazione delle sanzioni penali spetta al processo penale, nel cui ambito il legislatore ha compiuto scelte precise, inserendo nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. i delitti commessi perseguendo finalità di terrorismo per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a dieci anni, avviandoli così sul c.d. "doppio binario processuale" riservato ai reati più gravi, nonché prevedendo l'arresto obbligatorio in flagranza per i delitti commessi per finalità di terrorismo per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni.

Da queste interpolazioni derivano le seguenti conseguenze: indagini lunghe, secretazione delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e delle proroghe di durata delle indagini; applicazione delle misure caute-



Saggi

lari in sede di convalida dell'arresto o del fermo, quindi anche al di fuori dei limiti ordinari di pena, e conseguente obbligo (salvo il pregiudizio per le indagini) di ricorrere al giudizio direttissimo o al giudizio immediato (sia tradizionale che custodiale), con compressione dei diritti della difesa nel corso delle indagini. Se a ciò si aggiunge che, a norma dell'art. 9 l. n. 146/2006, l'arresto e il fermo possono essere ritardati, l'attivazione di questi giudizi può essere gestita "a orologeria" dal pubblico ministero; termini lunghi della custodia cautelare (artt. 301, 303, 304 c.p.p.); possibile ri-applicazione di una diversa misura dopo la scadenza (art. 307 c.p.p.).

Va poi segnalato che rispetto al delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p. opera la presunzione assoluta di necessità della custodia cautelare in carcere (art. 275, comma 3-*bis*), con inversione dell'onere della prova in ordine all'insussistenza delle esigenze cautelari. La norma non convince in ragione della costruzione giurisprudenziale dell'associazione con finalità di terrorismo. Corte cost., sent. n. 450/1995 e Corte Edu, sent. 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, hanno salvato la disciplina in esame con riferimento alle associazioni di stampo mafioso sul presupposto che il delitto di associazione di tipo mafioso è normativamente connotato – di riflesso a un dato empirico-sociologico – da un vincolo associativo che esprime una forza di intimidazione e conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà finalizzati al conseguimento di determinati fini illeciti. La specificità del vincolo implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso. Da tutto ciò deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza



Saggi

sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l’indiziato e l’ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

La stessa Consulta ha però affermato che «altrettanto non può dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope. Quest’ultimo si concreta, infatti, in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine [...]. Per consolidata giurisprudenza essa non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune. Il delitto in questione prescinde, altresì, da radicamenti sul territorio, da particolari collegamenti personali e soprattutto da qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo»⁷. Ne consegue che neppure la struttura minima richiesta dalla giurisprudenza per l’integrazione dell’associazione a fini di terrorismo può giustificare la duplice presunzione di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p.

Vi sono poi altre specificità che contraddistinguono il procedimento a carico di presunti terroristi, in particolare nella fase delle indagini: l’intercettazione di comunicazioni segue il regime permissivo di cui all’art. 13 d.l. n. 152/1991, cui rinvia l’art. 3 d.l. n. 374/2001; la polizia giudiziaria può, d’iniziativa, eseguire perquisizioni di interi edifici se ha

⁷ Corte cost., sent. n. 231/2011.



Saggi

il fondato motivo di trovare armi, esplosivi, latitanti, evasi (art. 25-*bis* d.l. n. 306/1992 come modificato dal d.l. n. 374/2001); è previsto lo svolgimento di indagini da parte di agenti sotto copertura, il cui esame dibattimentale può essere eseguito in videoconferenza (e, in ogni caso, essi forniscono le generalità di copertura *ex* art. 497, comma 2-*bis*, c.p.p.). Nel corso del dibattimento è sempre disposto l'esame a distanza delle persone che collaborano con la giustizia e dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., salvo che la presenza non sia assolutamente necessaria (art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.), con conseguente temperamento dei principi di immediatezza e oralità; può essere disposta la partecipazione a distanza dell'imputato detenuto (art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.), con correlative difficoltà nell'esercizio pratico del diritto di difesa.

Esulano dal concetto del doppio binario ma sono egualmente significative le disposizioni, introdotte dai vari atti legislativi succedutisi in materia di contrasto al terrorismo, concernenti il potere della p.g. di fermare fino a 24 ore persone nei cui confronti sono svolte le indagini o in grado di riferire sui fatti, ed effettuare prelievi di saliva o capelli, ai fini d'identificazione (art. 349 c.p.p. modificato dal d.l. n. 144/2005, il cui art. 10 lo rende applicabile anche ai casi di cui all'art. 11 d.l. n. 59/1978); la normativa sui collaboratori di giustizia (che è stata introdotta dall'art. 2 d.l. n. 144/2005 rubricato «Permessi di soggiorno a fini investigativi»). Si tratta di chiari esempi di estensione ai casi "normali" di misure pensate in momenti di "emergenza", a conferma di quanto detto *supra* circa i rischi di vedere l'intero sistema normativo abbassarsi al livello delle misure emergenziali. In queste norme il terrorismo non diventa un elemento della fattispecie normativa, e non ne condiziona dunque l'operatività. Esso rappresenta invece una mera *occasio legis*, «cioè l'argomento politico



Saggi

idoneo a giustificare politiche criminali pensatamente compromissorie delle libertà, con la conseguenza che, esauritosi il fatto di terrore, la compressione della libertà permarrà perchè il terrorismo non è entrato a far parte degli elementi essenziali della fattispecie» (De Minico 2016).

Il risultato è sicuramente un processo meno garantito rispetto a quello ordinario, con l'imputato spesso in stato detentivo, con tempi contratti per la difesa, con limitazioni del diritto di svolgere un controesame efficace degli operatori sotto copertura e dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. La sua compatibilità con la Costituzione è legata all'applicazione che se ne fa nei tribunali, che si rivela poco soddisfacente. Invero, il c.d. "doppio binario" si innesta su un procedimento "ordinario" gravemente snaturato da interpretazioni giurisprudenziali tendenti a ridurre le garanzie individuali e ad ampliare i poteri discrezionali degli organi inquirenti, fino a farli diventare arbitrari.

Ad esempio, amplificano le criticità del doppio binario gli orientamenti secondo i quali se il p.m. tarda scientemente nell'iscrivere il nominativo dell'indiziato nel registro degli indagati, allungando arbitrariamente il termine di durata delle indagini, l'imputato non può far valere alcun rimedio giurisdizionale⁸, quindi le indagini assumono una durata indeterminata; se il p.m. chiede il giudizio immediato oltre i termini previsti il g.i.p. deve rigettare la richiesta ma se, per errore, emette il decreto di giudizio immediato, nessuna invalidità può essere eccepita dall'imputato⁹, il quale però nel mentre ha perduto le garanzie di cui

⁸Cass. S.U., 20 ottobre 2009, n. 40538; Cass. S.U., 30 giugno 2000, n. 16.

⁹ Cass. S.U., 9 luglio 2015, n. 29316.



Saggi

all'art. 415-bis c.p.p. e dell'udienza preliminare; le intercettazioni, invece di rappresentare un mezzo per la prosecuzione delle indagini, sono spesso il primo atto di indagine palese, ciò che dimostra implicitamente l'esistenza di attività di *intelligence* e di prevenzione pregresse; sono ammesse forme di intercettazione, ispezione e perquisizione non previste dalla legge mediante i c.d. *trojan horse* installati sui dispositivi di moderna generazione¹⁰; è ammessa la videosorveglianza nel domicilio se ha ad oggetto comportamenti comunicativi, con ciò ledendo gli artt. 14 e 15 Cost.; i decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione possono essere motivati *per relationem*; nel caso di perquisizioni incostituzionali, piuttosto frequenti nella prassi, vige il principio del *male captum bene retentum*, con uno svuotamento totale della portata garantista degli artt. 13 e 14 Cost.

Anche su questo fronte le pronunce della Consulta, anziché mirare a preservare la portata garantista della Costituzione, paiono ispirate dall'intento di avallare prassi investigative poco ortodosse. Ad esempio, per ammettere forme di limitazione del domicilio ulteriori rispetto a quelle indicate nel testo fondamentale, si è affermato che il novero ristretto di atti limitativi indicati dall'art. 14 Cost. «ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evi-

¹⁰ Si tratta di attività che pongono vari problemi. Il primo riguarda la tutela del domicilio informatico, che viene violato mediante l'introduzione e la permanenza clandestine del trojan senza che nessuna disposizione di legge lo consenta, con seri dubbi di conformità a quanto disposto dagli artt. 14 Cost. e 8 CEDU.



dentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi»¹¹.

Una simile interpretazione abroga di fatto l'art. 14, comma 1, Cost., rendendo sempre violabile il domicilio previo soddisfacimento della doppia riserva di legge e di giurisdizione. Infatti nel diritto vivente si considerano costituzionalmente conformi anche modi di compressione della libertà domiciliare non tipizzati dall'art. 14 Cost., ma è evidente che introdurre per via legislativa limitazioni delle libertà individuali diverse da quelle espressamente previste dalla Costituzione equivalga ad assegnare al legislatore ordinario un potere i cui limiti non sono preventivamente definibili, minando alla radice la natura rigida della nostra Costituzione.

3.7. Il trattamento penitenziario

A ciò deve aggiungersi che i reati commessi con finalità di terrorismo sono compresi anche nell'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., dal che consegue il divieto di concessione di benefici penitenziari, l'inapplicabilità dell'art. 656, comma 5, c.p.p., e la possibilità di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento *ex art. 41-bis* ord. penit.

Poiché l'unica via di uscita a trattamenti sanzionatori e penitenziari tanto rigidi e la collaborazione con la giustizia, può condividersi l'osservazione per cui pare di imbattersi in «un diritto penale che esigendo una condanna senza riserva del fenomeno, non mette in conto l'assoluzione dell'accusato,

¹¹ Corte cost., sent. 24 aprile 2002 n. 135.



se non come conseguenza di una resa o di una collaborazione con l'accusatore» (Insolera 2005).

4. Conclusioni

Analisi storiche di ampio respiro hanno dimostrato che la rottura della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome della difesa della sicurezza sia una costante ovunque e in ogni tempo, basti pensare che lo stato d'assedio proclamato in questi mesi in Francia fu ideato da Luigi Bonaparte (De Minico 2016). Anche gli Stati democratici contemporanei conservano nelle loro costituzioni tracce di questa consapevolezza: lo stesso ricorrere al decreto legge rappresenta una "rottura" con il modello puro di democrazia parlamentare inglobata nel testo costituzionale (Bin 2007).

Purtroppo in tempi di crisi – vera o percepita – si è sovrastimato il bisogno di sicurezza e svalutato il valore delle libertà, e le misure restrittive adottate durante l'emergenza finiscono per essere applicate nella gestione ordinaria delle questioni comuni (Bin 2007). Ne sono un esempio il tentativo recente di estendere i casi di presunzione assoluta di necessità della custodia in carcere *ex art.* 275, comma 3, c.p.p. in Italia e la proposta di modificare perfino la Costituzione al fine di attribuire maggior libertà d'azione ai poteri pubblici in Francia (De Minico 2016).

La scelta del diritto penale può ritenersi apprezzabile se l'ordinamento mette in conto il dovere di assolvere un innocente e il rischio di assolvere un colpevole o una persona pericolosa (Viganò 2007). Il legislatore lo ha messo in conto, e per questo ha lasciato al governo amplissimi poteri



Saggi

di neutralizzazione di soggetti ritenuti pericolosi senza passare per il processo penale, anticipando la fase della prevenzione. Sul punto non è irrilevante la comparazione con altri ordinamenti, quale quello britannico, nel quale quando il Governo ha inteso sospendere l'operatività delle tutele offerte dallo *Human Rights Act* 1998 lo ha fatto in nome di una *public emergency* e col fine di predisporre strumenti preventivi di lotta al terrorismo (Baldini 2004). Lì si è dunque ammesso esplicitamente che spingersi troppo in là con la prevenzione rischia di determinare la violazione dei diritti fondamentali, e lì la *House of Lords* ha saputo arginare le derive liberticide.

In Italia si ha invece la sensazione che i giudici non si sentano investiti del dovere di prevenire le lesioni dei diritti fondamentali e che, al contrario, siano pronti ad avallare prassi e tendenze che svuotano sempre più di significato la nostra Costituzione.

È evidente che il problema del contrasto tra democrazie occidentali e terrorismo di matrice islamica non può essere ridotto a una semplice questione giuridica o di politica criminale, ma deve essere analizzato come fenomeno culturale ad ampio raggio. Gli storici e i sociologi del diritto hanno individuato i «tratti culturali» della civiltà occidentale moderna nella «contraddizione a ogni disegno unitario di dominio, in tutti i campi dell'esperienza» (Prandstraller 1981). Gli strumenti di controllo materiali e spirituali dello Stato sono stati sempre contrastati in nome di garantire le esigenze individuali di differenziazione, tanto che lo Stato, nonostante vari tentativi, «non è mai riuscito a stabilire una supermaziona definitiva sugli individui e sui raggruppamenti formati da questi».

I tre settori in cui questa tendenza si è manifestata sono quelli economico, politico, ideologico e della ricerca. Nel XX secolo nel resto del



Saggi

mondo questo modello veniva largamente respinto e prendevano piede alternative totalitarie, in particolare nel mondo arabo, su cui la cultura occidentale non riusciva a prevalere (Prandstraller 1981). Contestualmente, anche all'interno delle nazioni occidentali si manifestavano nuove ideologie che negavano quei valori dell'occidente, e davano luogo a movimenti di lotta violenti. Tuttavia, i tentativi di stampo terroristico manifestatisi a partire dagli anni '70 sono falliti in quanto le masse non li hanno sostenuti adeguatamente (Conso 1981), denotando ancora una volta la distanza culturale tra l'occidente e altre regioni del mondo. Ciò non certo perché non vi fossero ampie categorie sociali scontente, ma perché lo Stato è stato in grado di istituzionalizzare il conflitto sociale, sostituendolo con procedure di contrattazione e d'intesa stabili e obbligatorie, nelle quali il conflitto fu legittimato come forma organica della società. Dal pluralismo democratico in cui tutte le parti sociali stavano in un equilibrio spontaneo si passò a un «pluralismo corporativo» (Prandstraller 1981).

Da alcune regioni non occidentali proviene oggi una nuova minaccia terroristica, che ancora una volta pare voler colpire i connotati culturali fondamentali dell'occidente. Si tratta di un conflitto che difficilmente può essere mediato e istituzionalizzato all'interno di ogni singolo paese nel modo in cui abbiamo visto poc'anzi, in quanto tale passaggio, per divenire efficace, presupporrebbe un'azione della comunità internazionale, che però non sembra ancora capace di farlo, perché i singoli paesi che la compongono paiono maggiormente preoccupati di contrastare le condotte e le azioni terroristiche che non di creare forme e luoghi di istituzionalizzazione del conflitto.



Saggi

Nel diritto, in questa fase di estrema debolezza della politica, si ripongono le illusorie speranze di superamento dell' "emergenza", assegnandogli compiti che non può adeguatamente svolgere. Di qui la palese contraddittorietà di legislazioni quale quella italiana che, da un lato, pare tendere a un diritto penale universale e, dall'altro lato, si affanna per allontanare dal proprio territorio soggetti ritenuti pericolosi senza preoccuparsi di ciò che essi potrebbero fare all'estero. O l'inadeguatezza delle norme securitarie approvate dalle istituzioni dell'Unione europea, che finiscono per scontrarsi con la sensibilità della Corte di giustizia nel difendere i diritti individuali (si pensi alla sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland LTD c. Ireland*, C-293/12 e C-594/12). O, ancora, le norme che pretenderebbero di gestire i fenomeni migratori in atto nel Mediterraneo, obbligando la Corte Edu a innumerevoli interventi sanzionatori contro gli Stati aderenti alla Convenzione.

Se al diritto si assegnasse la sua funzione ordinaria e la politica si accollasse l'onere di gestire con gli strumenti della diplomazia questo momento eccezionale, forse si otterrebbe un risultato migliore e con meno sacrifici per i valori costituzionali dell'Occidente.



Bibliografia

- Agamben, G. (2003), *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Baldini, V. (2004) *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino: Giappichelli.
- Balsamo, A. *Le modifiche in materia di misure di prevenzione e di espulsione degli stranieri*, in R.E. Kostoris, F. Viganò (cur.), *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, Torino: Giappichelli.
- Bin, R. (2007), *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie, S. Seminara (cur.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova: Cedam.
- Cavaliere, A. (2015), *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2.
- Cole, D. (2002), *Enemy aliens*, in *Stan. L. Rev.*, p. 953 ss.;
- Conso, G. (1981), *Premessa*, in P. L. Vigna, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano: Giuffrè.
- D'Ascola, V.N. (2008), *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, EAN, Reggio Calabria: iiriti editore.
- De Minico, G. (2016), *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli: Jovene.
- Fiandaca, G. (1984), *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 3.
- Fiore (1981), *Relazione al convegno «La risposta dello Stato democratico al terrorismo»*, Urbino 13-14 novembre 1981, Litostampa del Consiglio Regionale Marche.



Saggi

Grasso, G. (1986), *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, p. 689.

Grevi, V., (1981), *Relazione al convegno "La risposta dello Stato democratico al terrorismo"*, Urbino 13-14 novembre 1981, Litostampa del Consiglio Regionale Marche;

Insolera, G. (2005), *Delitto politico e crimini associativi: le possibili connessioni*, in M. Barillaro (cur.), *Terrorismo e crimini contro lo Stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, Milano: Giuffrè.

Prandstraller, G.P. (1981), *Riflessione sulla decadenza dell'occidente*, Roma: Salerno.

Scaparone, M. (2015), *Procedura penale*, 4° ed., Torino: Giappichelli.

Spangher, G. (2015), *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino: Giappichelli.

Spataro, A. (2016), *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, speciale settembre 2016.

Valsecchi, A. (2015), *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in R.E. Kostoris, F. Viganò (cur.), *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, Torino: Giappichelli.

Vassalli, G. (2009), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in L. Moccia (cur.), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

Viganò, F. (2006), *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 648 ss.

Viganò, F. (2007), *Il contrasto al terrorismo*, in C. De Maglie, S. Seminarra (cur.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova: Cedam.



Abstract

Constitutionalizing Emergency in Italy

In many Western States where a special legislation against terrorism has been enforced, the judges have reacted by reducing the impact of those laws limiting constitutional freedoms. On the contrary, in Italy, often the judges apply such laws in an extensive way, without monitoring the respect of human rights and freedoms of individuals. This paper aims to illustrate which are and how are applied in courtrooms the main legal instruments to counter terrorism, so as to identify the most critical aspects which risk being in contrast with the constitutional order. In particular, changes of the criminal, administrative and penitentiary systems and their applications in court are analyzed.

Keywords: terrorism, liberties, emergency, Italy, human rights.



La armonización penal en materia de terrorismo como ejemplo de irracionalidad político-criminal. Referencias al caso español *

di Noelia Corral Maraver **

1. Introducción

Desde hace décadas el fenómeno terrorista viene despertando un creciente interés en las diferentes instancias internacionales, hecho que se ha ido incrementando con el progresivo surgimiento de un tipo de terro-

* Este papel se basa en la intervención en el workshop internacional *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). La elaboración del presente trabajo ha sido posible gracias al Programa FPU2013/05205 (Formación del Profesorado Universitario) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Este trabajo ha sido sometido a un proceso de revisión de pares (*double blind peer review*).

** Doctoranda de Derecho penal de la Universidad de Málaga (España).



Saggi

rismo de corte transnacional. Así, podemos encontrar numerosas normas de lucha contra el terrorismo¹ tanto en el seno de Naciones Unidas (NNUU) como en el del Consejo de Europa (Abad Castelos 2012, 28; Martín Martínez 2010, 402-403). Además existen numerosos grupos de trabajo y cooperación a nivel supranacional en materia de lucha contra el terrorismo².

En el tema del tratamiento de la cuestión terrorista, existe un acuerdo general en que la aproximación europea dista de aquella de NNUU. Así, en esta última organización, bajo la influencia norteamericana y, especialmente tras el 11 de septiembre de 2001, la lucha contra el terrorismo ha sido concebida como un Derecho de “guerra” –inspirado en nociones de legitimidad frente a otras basadas en la legalidad–, permitiendo medidas excepcionales, como las encarcelaciones preventivas sin las debidas garantías. En Europa, sin embargo, se ha seguido una línea diferente. Tanto las medidas adoptadas por el Consejo de Europa, como posteriormente aquellas tomadas en el ámbito de la Unión Europea (UE) no asumen la postura de Derecho de “guerra” sino que se enmarcan dentro

¹ En el ámbito de Naciones Unidas se han elaborado más de una decena de tratados internacionales para luchar contra el terrorismo. Por su parte, dentro del Consejo de Europa, cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 916 (1981), 941 (1982) y 982 (1984), relativas a la defensa de la democracia; 1024 (1986) y 1170 (1991) sobre la represión del terrorismo; 1534 (2001) y 1550 (2002) en las que se considera el terrorismo como violación del derecho humano básico a la vida. Otro instrumento destacado es el Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

² En el seno del Consejo de Europa, encontramos el CODEXTER, un grupo *ad hoc* de trabajo, de carácter intergubernamental, que vino a sustituir en 2003 al Grupo Multidisciplinar sobre la Acción Internacional contra el Terrorismo (GMT).



Saggi

del sistema jurídico ordinario. A ello ha ayudado la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha señalado reiteradamente que no todo vale en la lucha contra el terrorismo y que deben respetarse en todo caso los derechos humanos. Ello no quiere decir que no exista conflicto entre algunas de estas medidas y los derechos fundamentales de los ciudadanos, como tendremos ocasión de tratar en este trabajo (Pérez Bernárdez 2012, 174-175; Martín Martínez 2010, 399, 414 y ss.).

En todo caso, normalmente las medidas antiterroristas europeas están inspiradas en criterios preventivos o securitarios. Es quizá el ámbito donde el clásico binomio libertad-seguridad está más presente en nuestros días. Dicha paradoja se está revitalizando en los últimos años como consecuencia del surgimiento y la progresiva extensión de un terrorismo de ámbito transnacional, que constituye en la actualidad una de las mayores amenazas contra la seguridad y los derechos humanos. Pero debe tenerse en cuenta que en la lucha contra esa amenaza no todo es lícito porque corremos el riesgo de violar aquellos valores que buscamos proteger (Martín Martínez 2010, 398)

El presente estudio pretende contribuir a ese debate, en defensa de la necesidad de una aproximación al terrorismo desde la normalidad del Estado de Derecho, que no deje en un segundo plano derechos fundamentales y garantías jurídico-penales. Tal aproximación debería adoptarse por los legisladores nacionales pero también por los organismos internacionales que determinan, cada vez en mayor medida, las líneas políticas y legislativas en esta materia.



Para ello se analizará el surgimiento y la evolución de una política criminal antiterrorista en la UE, que se va desarrollando de forma simultánea a la progresiva adquisición de competencias en materia penal. Posteriormente, nos centraremos en el análisis del Derecho penal sustantivo creado en el ámbito de la UE en materia antiterrorista, estudiando algunas de sus características y su compleja relación con los derechos fundamentales y garantías. Merece especial mención la recién aprobada directiva en materia de lucha contra el terrorismo, que va a modificar de nuevo esta materia.

Por último, se estudiarán los efectos que estas normas penales antiterroristas tienen sobre los Estados miembros, basándonos en la reciente experiencia española. El caso español, con su consolidada experiencia y su legislación antiterrorista, resulta de interés para comprobar los efectos que esta normativa de origen supranacional provoca en los legisladores nacionales.

2. La evolución de la lucha contra el fenómeno terrorista en la Unión Europea

2.1. La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea: de Maastricht a Lisboa

La UE viene implicándose en la lucha contra el terrorismo, influida por los convenios del Consejo de Europa, desde la década de los 70. Así, han existido diversos grupos de estudio o de trabajo en materia antiterrorista. Baste citar, a modo ejemplificativo, el Grupo de Trevi de 1975 o el Grupo de trabajo antiterrorista (COTER) de 1986.



Saggi

Con el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, se creó la Unión Europea, que se componía de tres pilares: las Comunidades Europeas constituían el primer pilar, la política exterior y de seguridad común, el segundo, y el tercer pilar se encargaba de la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior (JAI), entre los que se incluía la cooperación policial y judicial en materia penal. Los dos últimos estaban regidos por el método intergubernamental, con lo que el poder legislativo residía principalmente en los Estados miembros a través del Consejo, debiendo adoptarse las decisiones mediante unanimidad.

La intervención de la Comisión era escasa, el Parlamento jugaba un papel meramente consultivo y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) no tenía apenas competencias de control (Alcaide Fernández/Casado Raigón 2014, 44; Escobar Hernández 2006, 24-25; Mangas Martín/Liñán Nogueras 2010, 40; Ordoñez Solís 2003, 452-453). Por todo ello, siempre fue objeto de numerosas críticas la legislación penal emanada al amparo del tercer pilar, ya que este adolecía de un notable déficit democrático y las normas resultantes podían atentar contra el principio de legalidad penal (Silva Sánchez 2004, 139). Las fuentes normativas usadas en los pilares intergubernamentales –segundo y tercero– eran principalmente las acciones comunes, las posiciones comunes y los convenios internacionales. Entre las materias objeto del tercer pilar, el artículo K1 del Tratado de la UE (TUE) menciona específicamente la cooperación policial en materia de terrorismo.

Bajo la cobertura de este tratado, en el ámbito del tercer pilar se desarrollaron algunas medidas de cooperación en materia antiterrorista³.

³ En este sentido, fue muy usado el mecanismo del *soft law*, no vinculante pero sí útil de cara a crear consensos con la idea de posteriormente plasmarlos en instrumentos legi-



Saggi

No obstante, este sistema de cooperación pronto resultó poco adecuado y encorsetado, incapaz de favorecer una cooperación efectiva (Pérez Bernárdez 2012, 180-183; Ordoñez Solís 2003, 455-456; Fletcher/ Löff/ Gilmore 2008, 173-175).

El Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, introdujo múltiples novedades, entre las que destaca la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, realizó una profunda modificación del tercer pilar, que redujo su ámbito y quedó limitado a la materia de cooperación policial y judicial en materia penal. El nuevo artículo 31 del TUE prevé que la UE pueda establecer «normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas». Se crea además, un nuevo instrumento normativo para la armonización del Derecho penal de los Estados miembros: la decisión marco (artículo 34 TUE). De esta forma se produce un mayor y más rápido desarrollo de la cooperación en materia penal. Será precisamente dentro de este marco

slativos. En materia antiterrorista en el tercer pilar destacó el uso de posiciones comunes. También fueron influyentes las conclusiones de los Consejos Europeos y los planes de acción. Asimismo destacaba el uso de las acciones comunes, elaborándose varias en este periodo: Acción común 96/610/JAI del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea; Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea, con competencias sobre los delitos de terrorismo; Acción común 98/733/JAI del Consejo de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE.



Saggi

legislativo donde se desarrolle la legislación más relevante en materia de lucha contra el terrorismo en la UE hasta la fecha.

Pero no sería hasta los atentados del 11-S de 2001 en Estados Unidos cuando la lucha contra el terrorismo alcanzara el grado de línea política prioritaria en la UE, produciéndose desde entonces un cambio de paradigma en la aproximación al fenómeno terrorista (Pérez Bernárdez 2012, 174, 178 y ss.; Ordoñez Solís 2003, 475-476; Fletcher/ Lööf/ Gilmore 2008, 47; Martín Martínez 2010, 406, 418; Vervaele 2007, 172). En escasos días se reunió un Consejo Europeo extraordinario que aprobó un Plan de acción contra el terrorismo y, poco después, se aprobó en el ámbito del tercer pilar la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, que contenía disposiciones sobre Derecho penal sustantivo⁴. También se aprobaron en esta época otras medidas de naturaleza procesal⁵. Pronto se fue debilitando el inicial interés por esta política antiterrorista, hasta que el atentado de Madrid del 11 de marzo de 2004 provocó otra convocatoria de un Consejo Europeo urgente el 24 de marzo de 2004 y determinó que el asunto del terrorismo tuviera un lugar preponderante

⁴ La propuesta de esta norma se presenta por la Comisión Europea tan solo una semana después de los atentados.

⁵ Así, cabe citar, en el ámbito del primer pilar, el Reglamento (CE) n.º 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, o diversas medidas para luchar contra la financiación del terrorismo, como el Reglamento CE n.º 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo o la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.



Saggi

en el Programa de La Haya. En esa ocasión también se adoptaron nuevas medidas de cooperación⁶. En este contexto de aprueba por el Consejo la Estrategia de la Unión Europea de la Lucha contra el Terrorismo de 30 de noviembre de 2005⁷.

Tras los atentados de Londres de 7 de julio de 2005, y con el impulso de la presidencia británica en el Consejo, se aprobaron nuevas medidas, entre las que destaca la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, que modifica la de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo.

Las numerosas declaraciones, organismos, grupos de trabajos y expertos en materia de terrorismo en la UE provocan una confusión en tareas y competencias que no contribuye a la eficacia de la política antiterrorista europea (Argomaniz 2010, 136; Martín Martínez 2010, 408).

⁶ Entre ellas destaca la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, impulsada por la presidencia española en el Consejo, y que viene a sustituir a los complejos procedimientos de extradición. También se adoptan medidas para reforzar Frontex, para mejorar seguridad en los aeropuertos, medidas de lucha contra financiación del terrorismo, intercambio de información y registros de ADN, mejora de la cooperación respecto a Europol y Eurojust, etc. También, para impulsar la coordinación política en materia de lucha contra el terrorismo, se creó la figura del coordinador de la lucha contra el terrorismo de la UE, si bien no se le dotó de poder específico alguno ni de presupuesto propio. Por otra parte, y de manera independiente a las actuaciones de la UE, algunos países decidieron firmar el Convenio de Prüm el 27 de mayo de 2005, para una mayor cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, delincuencia transnacional e inmigración ilegal. Los países firmantes son España, Francia, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Austria.

⁷ Dicho documento, basado en el Programa de la Haya, identifica 4 líneas de acción en la lucha contra el terrorismo: prevenir, proteger, perseguir, proteger.



Saggi

El Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009, supone la última gran reforma de la arquitectura institucional de la Unión Europea hasta la fecha. Con este tratado se realizan numerosas modificaciones de entidad, entre las que destaca, para los efectos que aquí interesan, la supresión de la estructura de pilares y la clarificación de las competencias de la UE. Así, la competencia en materia penal de la UE, que había sido objeto de intensa discusión e, incluso, litigios entre las instituciones, aparece recogida como competencia compartida en el artículo 4.2.j Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La competencia concreta para armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros se establece en los artículos 82 y 83 TFUE. El artículo 82 TFUE recoge la competencia de la UE para establecer normas mínimas de armonización en materia procesal penal «[e]n la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza». Dicha competencia está basada en el principio de reconocimiento mutuo, que se ha constituido en la base de la cooperación penal. El artículo 83 viene a regular la competencia para armonizar el Derecho penal sustantivo, permitiendo crear a través de directivas normas mínimas relativas a la definición de los tipos penales y de las sanciones en aquellos ámbitos delictivos que «sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes». El propio artículo 83.1, en su segundo párrafo, señala cuáles sean esos ámbitos de especial gravedad: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo



Saggi

de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada⁸.

Pese a que la competencia es ahora mucho más clara, desde la aprobación del Tratado de Lisboa no ha habido nuevas medidas especialmente relevantes –salvo algunas de cooperación– en materia de armonización penal del terrorismo. Ninguna en materia de Derecho penal sustantivo, pese a que el terrorismo era definido como una línea de acción prioritaria en el Programa de Estocolmo⁹. Pero los recientes atentados ocurridos en diversas zonas de Europa, especialmente en Francia en 2015, han provocado que la Unión Europea, de manera urgente se vuelque de nuevo en legislar en materia de Derecho penal sustantivo en el ámbito del terrorismo. Así, recientemente, en cumplimiento de la agenda legislativa de 2016¹⁰, la Comisión Europea presentó una propuesta de

⁸ El artículo 83 *in fine*, prevé que el Consejo, por unanimidad y contando con la previa aprobación del Parlamento, pueda dictar una decisión en la que defina competencia sobre otros ámbitos delictivos.

⁹ Los programas plurianuales de trabajo, creados por el Consejo Europeo, son los que vienen estableciendo las estrategias políticas en materia penal en el área de libertad, seguridad y justicia desde el Tratado de Ámsterdam. Hasta la fecha dichos programas han sido las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, que preveía un plan de acción (1999-2004), el Programa de la Haya (2004-2009) y, por último, tras el Tratado de Lisboa, el Programa de Estocolmo (2010-2014). Tras el fin del programa de Estocolmo se ha aprobado un nuevo programa pero sí se han desarrollado estrategias de acción, como la “European Agenda on Security” para el periodo 2015-2020, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2015. Texto disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/european-agenda-security_en

¹⁰ Commission Work Programme 2016. «No time for business as usual» (COM (2015) 610 final).



directiva (COM (2015) 625 final) en materia en terrorismo¹¹, que acaba de ser aprobada en febrero de 2017 (Directiva 2017/541/UE, DOUE de 31 de marzo de 2017) y viene a sustituir a las vigentes decisiones marco. También se han aprobado recientemente diversas medidas de cooperación como algunas para combatir la radicalización y el suministro de armas y medidas de control de pasajeros.

Ante los nuevos tipos de atentados, la UE se encuentra en nuestros días ante el reto de ser eficaz frente el terrorismo a la vez que respeta su acervo de derechos fundamentales y libertades públicas.

3. La armonización del Derecho penal sustantivo y sus riesgos

3.1. Improvisación en la elaboración normativa

De la breve evolución referida en el epígrafe anterior podemos fácilmente observar cómo el avance en materia antiterrorista en la UE se ha producido a “golpe de atentado”. Efectivamente los grandes ataques y la honda impresión que ellos producen en las sociedades occidentales han actuado como fuertes incentivos, que han llevado al legislador europeo a avanzar en este ámbito.

Por ello, no se puede afirmar que exista una política criminal europea en materia de lucha contra el terrorismo o, al menos, una clara y consi-

¹¹ Documento disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-security/legislative-documents/docs/20151202_directive_on_combatting_terrorism_en.pdf



Saggi

stente (Vervaele 2014, 214 y ss.; Ouwerkerk 2012, 233; Klip, 2011, 26). El propio Parlamento Europeo, en su resolución de 22 de mayo de 2012 «On an EU approach to criminal law», se lamenta de la fragmentaria aproximación que hasta ahora se ha hecho al Derecho penal por parte de la Unión. Así, vemos cómo las normas tienden a realizarse de forma apresurada, bajo pretextos de urgencia, cada vez que algún Estado miembro sufre un ataque de grandes dimensiones a manos del terrorismo islámico (Argomaniz 2010, 127, 131). Este tipo de normas penales suele producirse como consecuencia de presiones sociales o políticas, sin quedar sujetas a la debida meditación y debate (García Rivas 2005, 15 y ss.). Tal fenómeno no es exclusivo del ámbito del terrorismo, pero se manifiesta en él con mayor intensidad, dada la gran carga simbólica de esta materia (Corral Maraver 2016, 7-12). La acción legislativa se usa así como forma de transmitir mensajes de tranquilidad a la población¹² o para mostrar liderazgo político¹³.

Por su notable uso de manera simbólica el Derecho penal europeo, no siempre se muestra respetuoso con los tradicionales principios y ga-

¹² En las sociedades modernas es común observar un aumento de los sentimientos de inseguridad ante la percepción de riesgos, que es un fenómeno que incrementa las actitudes punitivas de los ciudadanos. Ello influye tanto en el ámbito nacional como en las instituciones comunitarias, cuyos estudios reflejan a veces estos estados de opinión. Un buen ejemplo de ello son los eurobarómetros, que se publican bianualmente y que siempre suelen reflejar la delincuencia como una de las principales preocupaciones sociales de los ciudadanos de la UE. El terrorismo, por su aleatoriedad, es uno de los delitos que incrementa en mayor medida este tipo de sentimientos.

¹³ Como el caso del impulso británico a la reforma introducida por la Decisión marco 2008/919/JAI.



rantías jurídicas que desde la Ilustración vienen rigiendo en Derecho penal, tendencia que es especialmente pronunciada en algunos ámbitos, como terrorismo o criminalidad organizada.

3.2. Las Decisiones marco 2002/475/JAI y 2008/919/JAI. ¿Apuesta por la seguridad frente al respeto de principios y garantías jurídicas?

Pese a la existencia de numerosas normas de cooperación en materia penal en el ámbito antiterrorista, en el presente trabajo nos centraremos en analizar aquellas medidas que tratan temas de armonización del Derecho penal sustantivo. Así, estudiaremos la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo de 13 de junio sobre la lucha contra el terrorismo y la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la anterior. Estas normas suponen un cambio en la aproximación de la UE al Derecho penal¹⁴, estableciendo tipificaciones muy amplias, adelantando las barreras de protección penal y previendo un gran rigor en las sanciones, lo que puede provocar conflictos respecto a los principios y garantías jurídicas que deben regir el Derecho penal¹⁵ (AA.VV. 2009, 727-729).

¹⁴ En la línea de la directrices que encontramos en la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 28 de septiembre de 2001.

¹⁵ Dichos principios jurídicos pueden variar de un país a otros. Por ello, en lo que aquí respecta nos guiamos por la propuesta del Grupo European Criminal Policy Initiative que, en su Manifiesto sobre Política Criminal Europea, identifica una serie de principios que pueden considerarse compartidos y que deben ser respetados por el legislador penal europeo. Estos serían el principio de necesidad de una finalidad de tutela



Saggi

La Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, pretende elaborar una definición común de terrorismo para conseguir la armonización del concepto en los Estados miembros. Dicha definición aparece en su artículo primero, que a continuación se reproduce:

Artículo 1: «1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos

legítima, el principio de *ultima ratio*, el principio de culpabilidad, el principio de legalidad, el principio de subsidiaridad y el principio de coherencia.



Saggi

o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).»

La definición combina, como vemos, un elemento subjetivo, conocido como “dolo terrorista”, sobre el que pivota el tipo, así como la realización de una serie de actos o delitos comunes, que son el elemento objetivo. El dolo terrorista consiste en intimidar a la población, forzar la actuación de los poderes públicos o desestabilizar o destruir las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado. Pero además, como señala García Rivas, se requiere un tercer elemento, que resulta extraño a las ya existentes definiciones de terrorismo en el Consejo de Europa o NNUU. Tal elemento objetivo es que la conducta intencional «por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional». Según este autor, pocas conductas pueden tener la entidad lesiva suficiente para cumplir con lo preceptuado por este tercer elemento (García Rivas 2005, 13, 18).



Saggi

La Decisión marco también crea una definición de grupo terrorista¹⁶ y delitos ligados a la actividad terrorista, como robo con agravantes, chantaje o falsedad documental cometidos con el fin de ayudar a la actividad terrorista (artículo 3). El artículo 4 se encarga de la tipificación expresa de las conductas de inducción, complicidad y tentativa de estos delitos.

La Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 viene a modificar la de 2002, alegando cambios en el *modus operandi* del terrorismo internacional; los tradicionales grupos fuertemente estructurados y con organización jerárquica se estarían sustituyendo por grupúsculos que actúan de forma autónoma, que se aprovechan de los recursos que ofrece Internet y las nuevas tecnologías para organizarse. La reforma obedece principalmente a la necesidad de incluir nuevas conductas preparatorias, como la provocación o la captación y adiestramiento de terroristas, que son incorporados en el artículo 3.

Ambas normas en materia de lucha contra el terrorismo –como en general todo el Derecho penal actualmente existente en la UE– están muy orientadas a garantizar la seguridad, más que a mostrar un enfoque respetuoso de los derechos fundamentales (Rodríguez-Izquierdo Serrano 2010, 547 y ss.), si bien esto último no se ha olvidado por completo en la UE. Asistimos en la UE a la creación de un Derecho penal preventi-

¹⁶ Artículo 2: «A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por «grupo terrorista» toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por «organización estructurada» se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada».



Saggi

vo¹⁷, que se caracteriza por el adelantamiento de las barreras de protección penales, criminalización de cualquier acto preparatorio o conexo con el terrorismo, y la ampliación de tipos y sanciones. Estamos ante una clara asunción en este ámbito de lo que la doctrina penalista ha dado en denominar Derecho penal del enemigo. Dicho concepto, originalmente formulado por Jakobs (Jakobs/ Cancio Meliá 2003, 33-56), supone un Derecho penal de excepción, si bien revestido bajo el paradigma de la normalidad, poco garantista y con notables problemas de concordancia con derechos fundamentales y garantías jurídico penales (Fernández Rodríguez 2012, 145; Cancio Meliá 2011, 110 y ss.).

Efectivamente, si analizamos las normas de Derecho penal sustantivas creadas por la UE en materia de terrorismo, vemos que a menudo se opta por rebajar el nivel de respeto de los tradicionales principios garantistas como, por ejemplo, los principios de *ultima ratio*, legalidad o taxatividad, proporcionalidad, culpabilidad y coherencia.

Así, por ejemplo, los principios de culpabilidad y de proporcionalidad son vulnerados por la Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio sobre la lucha contra el terrorismo, que equipara conductas de distinta gravedad como los atentados graves contra la vida de las personas o la toma de rehenes y otros como la perturbación de suministros o la amenaza de realización de algún comportamiento terrorista (artículo 1.1). Esta norma también prevé una regulación muy amplia de la participa-

¹⁷ La Decisión marco 2008/919/JAI señala: «La presente Decisión establece la tipificación de delitos ligados a actividades terroristas con el fin de contribuir al objetivo político más general de prevenir el terrorismo mediante la reducción de la difusión de materiales que podrían inducir a las personas a cometer ataques terroristas.»



Saggi

ción en las actividades terroristas (suministro de información y medios materiales y «cualquier forma de financiación de sus actividades», con conocimiento de que se van a usar en sufragar dicha actividad), cuya pena será de al menos 8 años de prisión en cuanto a su límite máximo.

La Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, recoge conductas como la provocación pública al terrorismo, «independientemente de que promueva o no directamente la comisión de los delitos de terrorismo» o la formación y el reclutamiento para el terrorismo, que no conllevan un resultado lesivo –tan solo un peligro, a veces de carácter abstracto–. La tipificación de estas conductas como delito de terrorismo constituye un adelantamiento de las barreras de protección penales poco compatible con el principio de *ultima ratio*. Asimismo, ello puede atentar contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad penal (AA.VV. 2009, 730-731). El principio de proporcionalidad es absolutamente vinculante para el legislador europeo, dado su expreso reconocimiento en el artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que desde el Tratado de Lisboa forma parte del Derecho originario de la UE.

El principio de certeza (componente del principio de legalidad penal, recogido en el 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) también se ignora a menudo cuando algunas de estas normas prevén tipos excesivamente amplios, que dan lugar a inseguridad jurídica.

El principio de subsidiaridad (que consiste en que la UE solo puede entrar a legislar en materia penal cuando los Estados miembros no puedan hacerlo con los mismos resultados o eficacia) se incumple sistemáticamente en el ámbito del Derecho penal europeo. Es bastante habitual



Saggi

encontrar en las normas penales un considerando que establezca algo parecido a lo siguiente: «Dado que los objetivos de la presente Decisión marco/ Directiva no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión de la acción pueden lograrse mejor a nivel de la Unión». Así ocurre, entre otras, en la Decisión marco 2002/475/JAI¹⁸. Pese a que una intervención penal en materia de terrorismo bien puede estar justificada, es criticable esta falta de argumentación. Para considerar cumplido este principio debería explicarse por qué la armonización del Derecho penal material a nivel europeo es la fórmula más adecuada para luchar eficazmente contra estas amenazas.

En ocasiones las sanciones penales establecidas por las normas europeas vulneran el principio de coherencia tanto horizontal, en relación al propio Derecho comunitario, como vertical, respeto al ordenamiento interno de los Estados miembros. Esto último ocurrió con la reforma introducida por Decisión marco 2002/475/JAI sobre terrorismo, la cual obliga a los Estados a imponer al menos una pena de 15 años como límite máximo para algunas conductas (artículo 5). Ello dio problemas a Finlandia, cuyo ordenamiento no contemplaba penas privativas de liber-

¹⁸ También en otras muchas normas, como, por ejemplo, en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, o la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.



tad tan graves, y le obligó a realizar verdaderos ejercicios de ingeniería jurídica para poder cumplir con la norma (AA.VV. 2009, 735).

3.3. *Punitivismo e incremento de penas*

En un primer momento, aquellas decisiones marco que armonizaban las sanciones penales únicamente requerían que estas fueran «efectivas, proporcionadas y disuasorias», o bien se limitaban a establecer la obligación de que las conductas fueran sancionadas mediante sanciones de naturaleza penal, a veces estableciendo como único requisito que tuvieran una duración que pudiera dar lugar a extradición. No obstante, posteriormente se ha extendido el recurso a normas que obligan a imponer una sanción penal y delimitan el umbral punitivo, llegando a señalar el número de años que deba tener el límite mínimo de la pena máxima –siguiendo los 4 niveles de determinación de penas propuestos por el Consejo, en las *Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of penalties*, de 24 y 25 de abril de 2002, Documento Droipen 33–; a menudo también se prevén agravantes (Nieto Martín 2010, 232; Muñoz de Morales Romero 2011, 149-150; Öberg 2014, 381-382). Así ocurre en numerosas normas como, entre otras, la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, cuyo artículo 5.3 establece que:

«Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el artículo 2, sean sancionados con penas privativas de libertad, de las cuales la pena máxima no podrá ser inferior a quince años para los delitos mencionados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 y ocho años para los delitos mencionados en la letra b) del



Saggi

apartado 2 del artículo 2. En la medida en que los delitos enumerados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 se refieran únicamente al acto contemplado en la letra i) del apartado 1 del artículo 1, la pena máxima contemplada no podrá ser inferior a ocho años. »

Esta estricta determinación de las sanciones penales contradice el hecho de que las directivas y las antiguas decisiones marco impongan solamente obligaciones de resultado, dejando libertad a los Estados en cuanto a forma y medios en que se lleva a cabo la aproximación legislativa. Esto limita el margen de apreciación a los Estados miembros a la hora de transponer las normas y ese margen se vuelve aún más estrecho si tenemos en cuenta que a veces la Comisión fomenta la transcripción literal del contenido de la directiva o decisión marco a los ordenamientos internos (Sánchez Lázaro 2016, 251). Así, si leemos el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (COM(2006) 187 final), en el que se dan criterios para evaluar la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, encontramos la siguiente afirmación: «La transposición no implica necesariamente utilizar las mismas palabras empleadas en la directiva ya que, por ejemplo, las medidas nacionales ya existentes pueden ser apropiadas y suficientes, siempre que garanticen una aplicación completa de la directiva de forma suficientemente clara y exacta». No obstante, en informes posteriores de evaluación de la transposición de diversas normas la Comisión Europea sí que parece requerir a los Estados la utilización de las mismas palabras, destacando el incumplimiento en aquellos países que han omitido uno y otro verbo de los previstos en la conducta típica. Ello debe llevarnos a pensar que la Comisión cada vez más, ante la falta de verdaderos criterios objetivos de evaluación, apuesta por una transposición literal. El fomento de esta



Saggi

forma de transposición crea numerosos problemas en los Estados Miembros, ya que a menudo los términos usados en las normas europeas son extraños a aquellos usados en derecho interno y se traducen en problemas de interpretación, de seguridad jurídica y de coherencia.

Asimismo, la armonización legislativa supone la obligación de los Estados de establecer incriminaciones concretas que posteriormente no podrán revisar, ya que el Derecho comunitario y el Derecho nacional se relacionan a través del principio de primacía. Dado que las obligaciones de armonización penal son siempre de mínimos, la imposibilidad de revisar la norma penal interna armonizada va únicamente referida a una descriminalización o rebaja de penas por debajo de los límites que señala la norma europea. Es decir, el legislador nacional podrá aumentar los límites de esa pena pero no bajarlos o destipificar alguna conducta. Un Estado que hiciera tal cosa estaría actuando de forma contraria al Derecho europeo y, por tanto, tal acción puede dar lugar al inicio de un procedimiento por incumplimiento por parte de la Comisión y derivar responsabilidades para el Estado en virtud de los artículos 258 y ss. TFUE. La armonización crea así un Derecho penal en sentido único, impidiendo al legislador nacional reconsiderar sus decisiones de criminalización (Sotis 2007, 114-115; Muñoz de Morales Romero 2011, 137-138; Nilsson 2014, 174-175). Este fenómeno se conoce como petrificación legislativa.

A mi modo de ver, la armonización penal europea, en su configuración actual, va encaminada a aproximar los ordenamientos de los Estados miembros en términos de un mayor rigor punitivo. Bajo la motivación de conseguir una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo y la cooperación judicial y policial estamos creando un sistema jurídico cada vez más restrictivo.



Saggi

Todas estas cuestiones de la apuesta por un mayor rigor sancionatorio y un relajamiento de las garantías en el Derecho penal de la UE conectan de forma directa con el tradicional conflicto entre libertad y seguridad. Dicha discusión clásica de la Teoría del Derecho ha vivido una revitalización en la sociedad actual caracterizada por la aparición de nuevos riesgos y la globalización. Se ha procedido a reinventar el concepto de seguridad como valor político, cosa que se ha potenciado enormemente en todo el mundo occidental, especialmente a partir del 11-S (Pérez Cepeda 2007, 86). El terrorismo internacional ha devenido desde entonces y hasta nuestros días una de las principales causas de inseguridad en el mundo actual. Su ubicuidad y aleatoriedad permite el aumento de los sentimientos colectivos de inseguridad, ya de por sí exacerbados en la sociedad del riesgo. Si observamos la lucha global contra el terrorismo adivinamos fácilmente que va en cabeza la legislación basada en la eficacia y la prevención, frente a una que atienda debidamente al respeto de los derechos fundamentales o garantías jurídico-penales, que a menudo son percibidos como trabas a la persecución penal.

Con respecto a la UE hemos observado cómo las decisiones marco que regulan el Derecho penal sustantivo en materia antiterrorista siguen estas mismas tendencias. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la UE no ha gozado de una carta de derechos fundamentales jurídicamente vinculante hasta el Tratado de Lisboa en 2009, si bien sí que la cuestión ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁹ y del Tribunal de Justicia de la Unión

¹⁹ El TEDH se ha mostrado muy activo durante décadas en delimitar que las actuaciones de los Estados parte en el Convenio de Roma sean respetuosas con los derechos y



Saggi

Europea (TJUE)²⁰ (Conde Pérez 2009, 280 y ss; Landa Gorostiza 2015, 4, 6 y ss., Sarrión Esteve 2013, 31 y ss.; Díaz Grego 2009, 27 y ss.; Izquierdo

libertades allí desconocidos, especialmente en materia de terrorismo. Cabe citar, a modo meramente ejemplificativo, las sentencias Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978 (Demanda n° 5310/71), Caballero c. España y Ataun Rojo c. España, ambas de 7 de octubre de 2014 (Demanda n° 74016/12 y Demanda n° 3344/13), Frérot c. Francia, de 12 de junio de 2007, o SAADI C. ITALIA, de 28 de febrero de 2008 (Demanda n° 37201/06); en estas se condena a los respectivos Estados por vulnerar el artículo 3 del Convenio (prohibición de tratos inhumanos o degradantes). También cabe destacar la sentencia Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía, de 8 de julio de 1999 (Demandas n° 23536/94 y 24408/94), que declara conculcados los principios de legalidad y de libertad de expresión y conciencia. El TEDH ha contribuido enormemente a delimitar la legitimidad de las penas largas de prisión o perpetuas (ente otros, caso Caso Vinter y otros c. Reino Unido (Demandas n° 66069/09, 130/10 y 3896/10), 17 enero 2012. De destacar es también en el caso de España la sentencia Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013 (demanda n.º 42750/09), por la que se condena al Estado español por vulneración del artículo 7 del Convenio debido a la aplicación de la conocida como doctrina Parot.

²⁰ En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, que anula la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones establece en un fundamento 51º: “En cuanto al carácter necesario de la conservación de datos que impone la Directiva 2006/24, ha de señalarse que es cierto que la lucha contra la delincuencia grave, especialmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo, reviste una importancia primordial para garantizar la seguridad pública y su eficacia puede depender en gran medida de la utilización de técnicas modernas de investigación. Sin embargo, este objetivo de interés general, por fundamental que sea, no puede por sí solo justificar que una medida de conservación como la establecida por la Directiva 2006/24 se considere necesaria a los efectos de dicha lucha.” Sin embargo, la actuación del TJUE en relación a la defensa de los derechos fundamentales también ha sido cuestionada recientemente por subordinar este órgano estos derechos a fines de eficacia del Derecho europeo. En este sentido, de especial importancia es la sentencia Melloni, de 26 de febrero de 2013 (C-399/11).



Sans 2016. 62-63, 66 y ss.; Arzoz Santisteban 2005 p. 31 y ss.; Herlin-Karnell 2013, p. 458-459). Precisamente la intervención de estos órganos en favor de los derechos fundamentales y los principios garantistas es lo que permite aún marcar la diferencia entre el Derecho penal europeo y el *ius in bello* estadounidense.

4. El futuro inminente: la nueva Directiva 2017/541/UE, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo

La directiva, recientemente aprobada en primera lectura por el Parlamento y el Consejo²¹, va a sustituir las decisiones marco estudiadas y de esa forma *lisbonizar* la materia antiterrorista, que aún hoy sigue regulada por instrumentos del tercer pilar. Tal propuesta legislativa se integra en la agenda legislativa del año 2016 y trae base en los recientes atentados en suelo europeo, en especial en los aquellos en el centro de París la noche del 13 de noviembre de 2015, a los que expresamente se refiere su memoria explicativa. En este sentido, la memoria de la propuesta de directiva señalaba que en los últimos años se ha producido un aumento de los actos de terrorismo, incrementándose el número de individuos

²¹ Esta norma fue aprobada por el Parlamento Europeo el 16 de febrero de 2017. El 27 de febrero el Consejo aprobó la posición del Parlamento, con lo que se considera adoptado el acto legislativo y se pone fin al procedimiento de codecisión. En breve se procederá a su publicación en el DOUE y entrará en vigor.



Saggi

que viajan a zonas de conflicto y vuelven con el objetivo de cometer atentados. Los ataques llevados a cabo en suelo europeo evidencian, según el texto, este incremento del riesgo. Deben, por ello, adaptarse las normas europeas a los nuevos actos de terrorismo. Esta propuesta se elaboró con celeridad, días después de los atentados en París, siendo presentada por la Comisión el 2 de diciembre de 2015.

Además, la nueva norma menciona la necesidad de adoptar la Resolución 2178/2014 de Naciones Unidas, que tipifica precisamente algunos delitos relacionados con los viajes a zonas de conflicto con propósito terrorista y la conducta de recibir adiestramiento. También amplía el ámbito de financiación del terrorismo.

La Directiva 2017/541/UE mantiene la problemática definición de terrorismo de la Decisión marco 2002/475/JAI. En los artículos 5 a 14 se regulan las conductas de colaboración con el terrorismo, entre las que se incluyen la provocación pública, el reclutamiento y aquella de proporcionar entrenamiento o recibirlo para cometer actos terroristas; también se tipifica el hecho de realizar viajes a otro país –no europeo– para la comisión o participación en delitos terroristas o para recibir entrenamiento, y las conductas de organizar o facilitar dichos viajes. Se amplía el tipo de la financiación del terrorismo y se mantienen los delitos de robo agravado, chantaje y falsedad documental destinados a cometer los delitos de terrorismo. La mayoría de estos comportamientos ya estaban recogidos en la reforma introducida por la Decisión marco 2008/919/JAI; otros, como la recepción de entrenamiento o adoctrinamiento y los viajes al extranjero para participar en conductas de terrorismo, son las novedades de la nueva directiva. En materia de sanciones, la propuesta de directiva de 2015 mantiene los límites punitivos de las normas precedentes (artículo 17).



Saggi

Esta norma, que ha sido tramitada con carácter urgente y que requerirá a los Estados miembros su transposición en un periodo más breve de lo acostumbrado (18 meses), pretende hacer frente así al nuevo tipo de terrorismo *yihadista* que viene actuado en diferentes Estados de la Unión Europea en los últimos años. Esta forma de terrorismo se caracteriza no tanto por estar formado por células organizadas sino por consistir a menudo en actos de “terrorismo individual”, perpetrados por personas que se instruyen principalmente a través de Internet o por parte de “combatientes retornados” de zonas de conflicto.

Pese a lo innegable de esta nueva realidad, no hay que olvidar que no todo el terrorismo en Europa es de origen islamista, ni siquiera el mayoritario. Así se desprende de los propios informes de EUROPOL (*UE Terrorism situation and trend report* 2010), que indican que la mayor parte de los actos de terrorismo en suelo Europeo sigue teniendo origen territorial o ideológico y está conformado por grupos antiglobalización, activistas por derechos de los animales, anarquistas, grupos ideológicos vinculados a la extrema derecha, etc... (Fernández Rodríguez 2012, 117 y ss.). Tampoco debemos obviar que normalmente los actos de naturaleza terrorista no tienen tan graves consecuencias como las de los últimos ataques, sino que constituyen conductas de menor gravedad. Pese a ello, este tipo de normas, una vez armonizadas, no hacen grandes distinciones en función de las diferentes situaciones, permitiendo las amplísimas tipificaciones la inclusión de conductas de muy diversa índole y gravedad como delitos de terrorismo. En determinados contextos esta legislación penal puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales.

En su memoria y considerandos la directiva declara respetar los derechos fundamentales y haber escuchado las críticas de determinadas orga-



nizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos, como Amnistía Internacional o Human Rights Watch. Escuchar las críticas no conlleva tenerlas en cuenta. No parece que, dado lo acelerado de la realización de la propuesta, el legislador europeo haya prestado gran atención a tales asuntos, al menos en lo que refiere al texto presentado por la Comisión. Por ello, y pese a que se han corregido y delimitado algunas conductas durante su tramitación, los defectos y violaciones de los principios garantistas que hemos mencionado respecto de las decisiones marco se repiten en esta norma. Así, por ejemplo se mantienen los tipos muy amplios que van contra la certeza y seguridad jurídica; se siguen equiparando conductas de distinta gravedad, lo que atenta contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad; se regulan como delitos autónomos conductas que son meros actos preparatorios, adelantando las barreras de protección y yendo contra los principios de lesividad y *ultima ratio*. También puede cuestionarse la vulneración del principio de subsidiaridad, especialmente teniendo en cuenta que estas conductas ya han sido tipificadas en otras instancias internacionales, como NNUU y el Consejo de Europa.

5. Transposición de las normas antiterroristas en los Estados miembros: el caso español

Las decisiones marco estudiadas en materia antiterrorista son de obligado cumplimiento por los Estados miembros, que se encuentran obligados a transponerlas y adaptar su legislación penal interna. La mayoría de los Estados ha transpuesto ambas normas, si bien de forma desigual (García Rivas 2005, 21-23, 27).



Saggi

En el caso de España, la adaptación se ha llevado a cabo de forma tardía por las reformas al Código penal introducidas por la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y, más recientemente, por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. La última reforma, de gran entidad, fue promovida por los dos partidos mayoritarios (PP y PSOE) escasos días después del atentado al semanario francés *Charlie Hebdo* en enero de 2015. La norma, que fue tramitada y adoptada con carácter urgente²², aprovecha la ocasión para, según su preámbulo, adaptar la legislación española a las disposiciones de las normas internacionales²³. Pero no es difícil intuir que, al igual que ocurrió con el legislador europeo, la gran conmoción ante el atentado de París llevó al gobierno español y al principal partido opositor a querer mostrar a la ciudadanía una imagen de unidad frente al terrorismo. Esto, y no la transposición de las decisiones marco o de resoluciones no obligatorias, era el verdadero objetivo del legislador español.

España ya poseía una legislación antiterrorista más amplia y dura que la de la mayoría los países vecinos – debido a la pasada experiencia

²² Fue aprobada el 30 de marzo de 2015 y entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año.

²³ Concretamente menciona la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014. También menciona la decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, no como norma a transponer pero sí como fuente de inspiración en relación al concepto de terrorismo.



Saggi

con la banda terrorista ETA –, con lo que existían pocas lagunas legislativas en esta materia²⁴. Este hecho, sin embargo, no ha determinado al legislador español a ser prudente en su tarea armonizadora. Por el contrario, ha procedido a ampliar los tipos y las sanciones, superando notablemente lo que establecen las normas arriba analizadas, pese a que la mayoría de esos comportamientos ya estaban previamente criminalizados.

Así, por ejemplo, el Código penal español cumplía sobradamente con la previsión de la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo (artículo 5.2) de establecer que los delitos allí tipificados «sean sancionados con penas privativas de libertad superiores a las que el Derecho nacional prevé para tales delitos cuando no concurre la intención especial requerida (...)». También preveía la legislación española penas bastante superiores a los 8 y 15 años para la colaboración y dirección de grupos terroristas a los que obligaba el artículo 5.3 de la Decisión marco 2002/475/JAI. Pese a todo ello, la reforma introducida por la LO 2/2015 no ha dejado pasar la oportunidad de, bajo el pretexto de hacer frente a obligaciones supranacionales, aumentar algunas penas privativas de libertad. El legislador español castiga los casos más graves con la pena máxima del ordenamiento jurídico. Dicha pena, tras la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, es ahora la prisión permanente revisable (artículo 573 bis 1. 1º). Esta pena, que va desde los 25 años de prisión hasta la posibilidad del internamiento de por vida, era inexistente en el ordenamiento penal español y ha recibido duras críticas

²⁴ Si bien es cierto que el concepto de los delitos de terrorismo hasta 2010 era distinto del que prevé la Decisión marco 2002/475/JAI.



Saggi

políticas y doctrinales por resultar innecesaria y presentar dudas en cuanto a su constitucionalidad (Muñoz Conde 2015, 787-788; Corral Maraver 2015, 252-258). Además de ello, con carácter general, se han aumentado las penas de casi la totalidad de los delitos de terrorismo.

El artículo 573 tras la última reforma establece un concepto de terrorismo de gran amplitud inspirado, según el propio preámbulo de la norma, en la Decisión Marco 2002/475/JAI. Dicho precepto permite que prácticamente cualquier conducta constitutiva de un delito grave pueda ser calificada como terrorismo siempre que cumpla también una de las finalidades previstas en el mismo artículo²⁵. La nueva definición no

²⁵ Artículo 573: “1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.”



Saggi

exige el elemento organizativo que tradicionalmente ha caracterizado, junto con el elemento intencional, la definición del terrorismo en España (Terradillos Basoco 2016, 38-42). De esa forma el legislador pretende responder a las actuaciones del terrorismo individual, a los denominados *lobos solitarios*. Sin embargo, se olvida el legislador español de que dicha conducta ya constituía un delito en España desde hacía bastantes años; pese a que la pena era menor que la de los que atentaban estando integrados en una organización –en base a la menor lesividad de la acción– no se podía alegar que existiera una laguna punitiva en este respecto (Corral Maraver 2015, 257-258).

Además, la reforma aprovecha la ocasión para modificar casi todos los delitos, ampliando tipos y haciéndolos –aún más– indeterminados, incumpliendo con ello los principios de legalidad y de certeza jurídica. Sin olvidar los problemas de coherencia, que se terminan traduciendo en problemas concursales. Algunos de los tipos penales regulados por la última LO, debido a su vaga e indeterminada definición, pueden incluso atentar contra determinados derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, libertad de conciencia o religión, o el derecho a la intimidad. Estos derechos aparecen expresamente recogidos tanto en la Constitución Española de 1978, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶. Esto puede plantearse especialmente respecto a las conductas de recepción de adiestramiento o adoctrina-

²⁶ Estos derechos básicos aparecen recogidos en los artículos 16, 18, 19 y 20 de la Constitución Española de 1978 y en los artículos 7, 10 y 11 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en los textos constitucionales del resto de Estados miembros.



Saggi

miento militar o de combate o de técnicas de desarrollo armamentístico (artículo 575.1). Las conductas de proporcionar a otros adiestramiento ya estaban previstas desde la LO 5/2010 y se mantienen en el artículo 577.2. La novedad ahora es que se castiga a los receptores del adoctrinamiento o adiestramiento, incluso en los casos de adiestramiento pasivo. Así, el artículo 575.2 sanciona a los que «con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior». Según el segundo inciso de este mismo precepto: «Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.” También cumple el tipo quien con esa finalidad tenga en su poder “documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines». Puede fácilmente observarse que la redacción de tales conductas es excesivamente amplia, constituyendo estados previos a los actos preparatorios de una acción terrorista, especialmente en el caso del adiestramiento pasivo a través de Internet. El legislador va demasiado lejos, atribuyendo reproche penal a comportamientos que pueden solo significar estados morales de apoyo o simpatía hacia los fines de determinadas organizaciones, sin que se manifiesten todavía en comportamientos externos (Terradillos Basoco 2016, 48; Muñoz Conde 2015, 797; Corral Maraver 2015, 257; Campo Moreno 2015,



Saggi

58-63; Nuñez Castaño 2016, 127). Por último, el artículo 575.3 castiga a los que viajen o se establezcan un territorio extranjero controlado por organizaciones terroristas.

También es de destacar la tipificación que la LO 2/2015 hace de la conducta de colaboración con el terrorismo, sancionada con penas de prisión de 5 a 10 años. Se castiga al que «lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo». Pero, además, se incluye una definición de lo que se consideran a efectos del Código penal actos de colaboración (artículo 577.1, segundo párrafo): «En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior». La gran cantidad de verbos típicos enumerados junto con la cláusula de cierre «cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda» elimina la posibilidad de que se puedan realizar actos preparatorios en este tipo de delitos (previstos en el artículo 579.3). Prácticamente cualquier conducta con conexión, por lejana que esta sea, con el terrorismo será calificada como colaboración. Se llega a un nivel absurdo cuando el artículo 577.3 prevé la posibilidad de que se produzca la colaboración por imprudencia grave. De esta forma se evita que la dificultad de prueba del dolo en algún caso pueda ser óbice para una condena



Saggi

(Campo Moreno 2015, pp. 69-74; Terradillos Basoco 2016, 46; Muñoz Conde 2015, 798).

A la hora de valorar esta actuación legislativa cabe señalar que claramente el legislador español ha superado con creces sus obligaciones de transposición, pues gran cantidad de las reformas realizadas no pueden fundarse en el tenor de las directrices europeas. Sin embargo, es indudable que muchas de las normas y las nuevas y amplísimas definiciones de terrorismo sí están inspiradas en los mandatos de la normativa comunitaria. Con acierto ha señalado De la Mata Barranco que basta con la regulación de una materia penal en el ámbito europeo para que ello sea considerado una invitación a criminalizar. Como señala este autor, el legislador penal europeo plantea las obligaciones de armonización «desde una curiosa posición de mínimos pero no de máximos, que invita a la penalización pero no controla los posibles desmanes estatales de ésta en una Europa que se pretende homogénea» (De la Mata Barranco 2015, 231). Hay que tener en cuenta que precisamente porque las obligaciones de armonización son de mínimos, la *sobrecriminalización* no comporta ningún riesgo, mientras que una criminalización insuficiente puede dar lugar a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho europeo. Esto no es algo que sea consecuencia directa de la armonización penal, pero es indudable que las obligaciones de transposición fomentan en gran medida las actitudes punitivistas de los legisladores nacionales que ven en ello un cumplimiento sobresaliente del Derecho europeo.

El resultado de todo el proceso en el caso de España es la creación de una legislación desmesurada o desproporcional, incoherente y cada vez menos respetuosa con los derechos fundamentales; nos situamos en una



legislación con claros tintes simbólicos y que se posiciona del lado del denominado Derecho penal del enemigo (Cancio Meliá 2011, 109-110; Terradillos Basoco 2016, 21, 24, 29-32; Demetrio Crespo 2007, 127 y ss.). Basándose en las obligaciones de legislar impuestas por la Unión Europea –si bien dichos fundamentos son discutibles o directamente falsos y sirven únicamente para justificar políticamente los cambios legislativos– el legislador español está creando una legislación en materia antiterrorista, y también en otros ámbitos, que es claramente irracional. No es este el lugar adecuado para tratar la preocupante situación actual de la política criminal en España –que es también la mayor parte de los países occidentales– y sus tendencias rigoristas. Sobre ello y sobre la irracionalidad de la legislación penal española se ha ocupado detenidamente Díez Ripollés, (2007, 69 y ss.; 2013, 17 y ss.). Pero sí que debe reflexionarse sobre los efectos negativos que la legislación de origen supranacional provoca en una legislación nacida en tales contextos (Corral Maraver 2016). Además, debido al efecto de petrificación legislativa arriba mencionado, dicha legislación penal irracional deviene también *de facto* irreversible.

Queda aún por ver cuál será el comportamiento del legislador español cuando deba volver a modificar el Código penal para transponer la nueva directiva aprobada en materia de terrorismo. Dadas las características de esa norma, probablemente se mantendrá la tendencia actual.

6. Reflexiones finales

La aproximación al problema del terrorismo por parte de la Unión Europea está subordinada a acontecimientos concretos y la legislación se



Saggi

elabora bajo un continuo prisma de urgencia y excepcionalidad. Sin negar la necesidad de establecer sólidos mecanismos de cooperación penal en materia antiterrorista, sí que merece recordarse que el Derecho penal es una materia delicada que afecta a uno de los ámbitos más ligados a la soberanía nacional de los Estados miembros y la que en mayor medida restringe los derechos fundamentales y las libertades públicas. La legislación penal, por ello, debe ser objeto de una cuidadosa elaboración y estudio por parte de los legisladores –nacionales y europeo–, cosa que no parece ocurrir en la actualidad, ante lo improvisado de las medidas tomadas por estos. Ello provoca serios problemas de técnica y racionalidad legislativa y, en definitiva, una pérdida de calidad de la legislación.

Por otra parte, la legislación penal en materia de terrorismo en la Unión Europea está desarrollada desde un punto de vista securitario y preventivo (Cancio Meliá, 2011). En el binomio libertad-seguridad, la UE se está inclinando claramente del lado de la segunda, dejando en un segundo plano los derechos fundamentales y garantías jurídicas. La instauración de un Derecho penal de corte preventivo, enfocado en la –difícilmente realizable– evitación de acontecimientos futuros y en la búsqueda de la eficacia del Derecho penal accesorio (medidas de cooperación policial y judicial), es un claro riesgo a los valores que la Unión busca defender. La pretendida novedad de los delitos y las organizaciones o individuos a los que nos enfrentamos no parece ser razón suficiente para, obviando el debate y la argumentación racional, justificar este viraje legislativo.

Bien es cierto que la UE no se olvida completamente del debido respeto que debe tenerse por los derechos fundamentales y garantías jurídicas, como ocurre en otros contextos, pero sí lo es que los ha despla-



Saggi

zato a un segundo nivel de prioridad. Así, la Decisión marco 2002/475/JAI y su reforma por la Decisión marco 2008/919/JAI contienen artículos en los que declaran que lo previsto en ellas debe entenderse dentro del marco del respeto a los principios jurídicos fundamentales y derechos fundamentales²⁷. Pese a ello, la propia Unión no les presta la debida atención cuando elabora, normalmente de forma apresurada, sus normas penales, vulnerando sistemáticamente principios penales básicos como son los principios de legalidad, *ultima ratio*, certeza, subsidiaridad, lesividad, etc. Además, debido a la inexistencia de competencias ejecutivas de la UE, esta debe confiar en que los Estados miembros al realizar la transposición sean tolerantes con los derechos fundamentales.

²⁷ Así, el artículo 1.2 de la Decisión marco 2002/475/JAI: «La presente Decisión marco no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales sancionados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». La Decisión marco 2008/919/JAI, por su parte, establece en sus considerandos que «[N]ada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos. La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo». Y el artículo 2 de esta misma norma señala lo siguiente: «La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a la libertad de expresión, en particular las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad». La nueva directiva prevé un precepto que se expresa en términos similares.



Saggi

Pero ni legislación penal europea incita a ello ni esto es controlado más tarde por la Comisión en los informes de incumplimiento.

Por último, si prestamos atención a la acción de los Estados miembros, al menos en el caso español, vemos que entiende la legislación penal de la Unión como una invitación a criminalizar o *sobrecriminalizar* o como forma de justificación para la creación de normas simbólicas con el objetivo de mostrar fortaleza, tranquilizar a la población o eludir el debate político. En definitiva, asistimos en nuestros días con cierta indolencia a una homogeneización de los ordenamientos de los Estados miembros en materia de terrorismo, así como en otras materias, en el sentido de hacer las legislaciones penales internas cada vez más rigurosas y restrictivas. Todo esto bajo la creencia –no demostrada, pero plenamente asumida por las instituciones europeas y nacionales– de que el recurso al Derecho penal es la solución casi mágica a todos los problemas sociales y que, por tanto, su uso redundará de manera automática en una mayor eficacia de la lucha antiterrorista.



Bibliografía

AA.VV., *Manifiesto sobre la política criminal europea*, en ZIS, 2009, pp. 727-736; disponible en <http://www.crimpol.eu>

Abad Castelos, M. (2012), *Una historia interminable: a vueltas con la definición de terrorismo, a través del enfoque de Derecho Internacional*, en M. Pérez González (dir.) (2012), *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional humanitario y Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 27-48.

Alcaide Fernández, J./ Casado Raigón, A. (coords.) (2014), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Editorial Tecnos, 2ª edición.

Argomaniz, J. (2010), *El proceso de institucionalización de la política anti-terrorista de la Unión Europea*, en CIDOB d'Afers Internacionals (91), pp. 125-145.

Arzoz Satisteban, X. (2005), *La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto nacional de administración pública.

Campo Moreno, J.C. (2015), *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Cancio Meliá, M. (2011), *Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law*, en *New Criminal Law Review*, 14 (1), pp. 108-122.

Comisión Europea (2015), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Commission Work Programme 2016. No time for business as usual*, COM (2015) 610 final; disponible en http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2016_en.pdf



Saggi

Conde Pérez, E. (2009), *TEDH- Sentencia de 28.02.2008, Saadi C. Italia, 37201/06- Artículo 3 CEDH- prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes- terrorismo v. tortura*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 32, enero/abril, pp. 275-290.

Consejo (2002), *Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of Penalties. 24 and 25 April 2002*, Droipen 33; disponible en <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/1304.pdf>

Corral Maraver, N. (2015), *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal*, Madrid: Dykinson.

Corral Maraver, N. (2016), *La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea*, en *InDret*, nº 4. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1251.pdf>

De La Mata Barranco, N. J. (2015), *Derecho penal europeo y legislación española. Las reformas del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Demetrio Crespo, E. (2007), *El "Derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*, en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete: Bomarzo, pp. 123-148.

Díaz Grego, M. (2009), *Protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Madrid: Editorial Reus.

Díez Ripollés, J. L. (2007), *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires: Editorial B de F.

Díez Ripollés, J. L. (2013), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª edición, Madrid: Editorial Trotta.

Escobar Hernández, C. (dir.) (2006), *Instituciones de Derecho Comunitario*, Valencia: Tirant lo Blanch.



Saggi

Fernández Rodríguez, M. (2012), *La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal*, en *Revista Aequitas*, (Vol. 2), pp. 113-153.

Fletcher, M., R. Löf, B., Gilmore (2008), *EU Criminal Law and Justice*, Edward Edgar Publishing.

García Rivas, N. (2005), *La tipificación europea del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas*, en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 4.

Herlin-Karnell, E. (2013), *European Criminal Law as an Exercise in EU 'Experimental' Constitutional Law*, en *SSRN Electronic Journal*, January, pp. 442-464

Izquierdo Sans, C. (2016), *La callada configuración de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en M. Pérez Manzano, J. A. Lascaraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 57-78.

Jakobs, G., M. Cancio Meliá (2003), *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid: Editorial Thomson Civitas.

Klip, A. (2011), *Towards a General Part of Criminal law for the European Union*, en A. Klip (ed.), *Substantive Criminal Law on the European Union*, Antwerpen: Maklu Publishers, pp. 15-33.

Landa Gorostiza, J. (2015), *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la lo 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20, pp. 1-42.

Mangas Martín, A./ Liñán Noguerras, D. (2010), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 6ª Edición.



Saggi

Martín Martínez, M. (2010), *Terrorismo y Derechos Humanos en La Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿Marcos de referencia mundial?*, en AA.VV., *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz* 2009, pp. 395-426.

Muñoz Conde, F. (2015), *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz De Morales Romero, M. (2011), *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

Nieto Martín, A. (2010), *El derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales*, en L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín (2010), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 225-256.

Nilsson, H. G. (2014), *Some reflections on the development of an EU criminal policy, on Directives in criminal law and sanctions contained therein*, en M. Ulväng, I. Cameron (eds.), *Essays on Criminalisation & sanctions*, Iustus, Uppsala, pp. 163-184.

Núñez Castaño, E. (2016), *Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional*, en *Revista Penal*, N° 37, pp. 110-133.

Öberg, J. (2014), *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law?*, en *New Journal of European Criminal Law*, 5 (3), 2, pp. 381-382.

Ordoñez Solís, D., (2003), *El Espacio judicial de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 119, pp. 447-483.



Saggi

Ouwerkerk, J. W. (2012), *Criminalisation as a last resort: a national principle under the pressure of europeanisation?*, en *New Journal of European Criminal Law*, 3 (3-4), pp. 228-241.

Parlamento Europeo (2012), *European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law*, 2010/2310(INI); disponibile en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0459&language=EN>

Pérez Bernárdez, C. (2012), *El collage de la política antiterrorista de la Unión Europea: una aproximación jurídica*, en M. Pérez González (dir.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional humanitario y Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 173-226.

Pérez Cepeda, A. I. (2007), *El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*, en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete: Bomarzo, pp. 85-122.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2010), *El terrorismo en la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 36, pp. 531-559.

Sánchez Lázaro F. G. (2016), *Evaluación y Derecho Penal Europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea*, en A. Nieto Martín, M. Muñoz De Morales Romero, J. Becerra Muñoz (coord.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, pp. 245-269.

Sarrión Esteve, J. (2013), *El tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

Silva Sánchez (2004), *Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo. Una aproximación crítica*, en *Revista Penal*, nº 13, pp. 138-150.



Saggi

Sotis, C. (2007), *Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material*, en L. Arroyo Zapatero/ A. Nieto Martín, (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 107-131.

Terradillos Basoco, J. M. (2016), *Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI*, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, n°. 87, pp. 18-59.

Vervaele, J. A. E. (2007), *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?*, en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete: Bomarzo, pp. 171 a 216.

Vervaele, J. A. E. (2014), *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in search of a criminal Law Policy?*, en M. Ulväng, I. Cameron (eds.), *Essays on Criminalisation & sanctions*, Uppsala: Iustus, pp. 185-225.



Abstract

Criminal Harmonization on Terrorism as an Example of Political-Criminal Irrationality. References to Spain

For decades the terrorist phenomenon has generated interest of the supranational bodies. Thus, we can find many treaties and conventions on combating terrorism both within the United Nations and the Council of Europe. The European Union is also involved in this struggle, which only became a real priority issue after the terrorist attacks of 11-S 2001 in the US. However, the EU approach to terrorism is improvised and show scant regard for fundamental rights and legal guarantees. The European criminal law are changing the Member States' criminal systems in a harsher way. In the Spanish case, the transposition has been carried out by the Laws 5/2010 and 2/2015, that are not consistent with such fundamental rights and legal guarantees.

Keywords: European Union, substantive criminal law, terrorism, irrationality, punitiveness.



Tra diritti fondamentali e *smart sanctions*: l'interessante caso degli individui e delle società *wrongfully listed* *

di Claudia Candello **

1. Premessa

L'utilizzo delle sanzioni da parte del Consiglio di sicurezza trova il suo fondamento giuridico negli ampi poteri attribuiti a quest'ultimo nell'ambito del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento al workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma «La Sapienza».



le, in particolare tra le misure non implicanti l'uso della forza, previste dall'art. 41 della Carta delle Nazioni Unite¹.

Già la Società delle Nazioni, per la prima volta nel 1935, aveva adottato delle sanzioni in occasione dell'aggressione italiana all'Etiopia (Shaygan 2008). I primi esempi di sanzioni poste in essere dal Consiglio di sicurezza, invece, si sono verificati dapprima nel 1965 contro l'allora Rhodesia del Sud e poi, nel 1977, contro il Sudafrica, per sanzionare la politica di segregazione razziale adottata nel Paese². Tuttavia, almeno fino alla caduta del blocco sovietico, l'uso di sanzioni è stato generalmente ridotto, spesso a causa dei veti incrociati apposti alternativamente da Stati Uniti o dall'allora Urss nel corso delle votazioni del Consiglio di sicurezza. A partire dagli anni Novanta, invece, il Consiglio ha iniziato ad applicare misure sanzionatorie con frequenza maggiore, inizialmente, come già era avvenuto negli anni Sessanta e Settanta, per censurare una situazione generale riguardante uno o più Stati membri e scoraggiare una politica adottata dal Governo del Paese al quale la sanzione era destinata, senza fare ricorso all'uso della forza.

¹ Si veda il testo dell'art. 41 della Carta: «Il Consiglio di sicurezza può decidere quali misure, non implicanti l'impiego della forza armata, debbano essere adottate per dare effetto alle sue decisioni, e può invitare i membri delle Nazioni Unite ad applicare tali misure. Queste possono comprendere un'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche e delle comunicazioni ferroviarie, marittime, aeree, postali, telegrafiche, radio ed altre, e la rottura delle relazioni diplomatiche». La disposizione indica genericamente quali misure possono essere prese dal Consiglio di sicurezza, senza pretesa di esaustività. Gli Stati membri sono tenuti a uniformarsi agli obblighi che il Consiglio formula ai sensi del Capitolo VII della Carta.

² Si veda, a tal proposito, la risoluzione n. 418 del 4 novembre 1977.



Saggi

Le sanzioni, specialmente quelle di carattere economico, avevano però l'effetto di non colpire esclusivamente la classe politica del Paese, ma di avere conseguenze gravi sulla popolazione civile, talvolta già in condizioni economiche difficili. Pertanto, specialmente dalla fine degli anni Novanta, è diventata sempre più forte la preoccupazione relativa all'impatto delle sanzioni sulla popolazione che, spesso senza essere in alcun modo responsabile per le scelte del proprio governo, si ritrovava a subire gli effetti negativi di sanzioni economiche, politiche, diplomatiche.

In ragione di ciò, il Consiglio di sicurezza ha iniziato ad adottare misure sempre più specifiche, con lo scopo di colpire direttamente gli autori di comportamenti particolarmente gravi o coloro che, in qualche modo, fossero ad essi legati. Il primo esempio di sanzioni mirate, dirette verso un *gruppo* specifico di individui, è stata la risoluzione adottata nei confronti del movimento Unita (Uniao Nacional para a Independencia Total de Angola)³. Con l'estensione delle fattispecie rientranti nell'ambito delle minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, le sanzioni c.d. *smart* (intelligenti) o *targeted* (mirate) sono diventate uno strumento di sanzione destinato non più a Stati, bensì a entità, pubbliche o private, e diretto pertanto sia contro persone giuridiche sia fisiche. Esso ha così sollevato evidenti quesiti relativi alle garanzie procedurali con cui queste sanzioni sono imposte e ai diritti fondamentali delle entità o degli individui colpiti⁴.

³ Si veda la risoluzione n. 1127, del 28 agosto 1997.

⁴ Sebbene in lingua italiana sia talvolta impiegato il termine *sanzioni individuali*, la locuzione non appare propriamente corretta. In primo luogo, essa richiama un'accezione punitiva della sanzione, intesa come atto repressivo in reazione a un comportamento il-



Saggi

Sulla base di queste premesse, il presente elaborato analizza la questione delle *smart sanctions* nell'ambito del terrorismo internazionale, concentrando l'analisi su una fattispecie che ha assunto particolare rilevanza in virtù della recente prassi del Consiglio di sicurezza e della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ossia il problema degli individui e delle società che sono state erroneamente incluse nelle c.d. "liste nere" del Consiglio di sicurezza, a causa di informazioni insufficienti o scorrette, e sul diritto di coloro i quali siano stati vittima di un errore, di ottenere un'equa compensazione del danno morale o patrimoniale. Lo scopo del lavoro è mettere in luce il processo evolutivo che si è verificato, sia nell'ordinamento onusiano, sia nella giurisprudenza europea, in relazione alla tutela delle entità o degli individui che siano stati erroneamente vittime di sanzioni (*wrongfully listed*).

Il caso degli individui e delle società erroneamente inseriti nelle liste nere, inoltre, costituisce un interessante caso di studio, perché evidenzia due criticità del sistema delle *smart sanction*. Da un lato, fa emergere la più generale problematica della mancanza di una revisione indipendente nel procedimento di inserimento nelle *blacklist*, nell'ordinamento onusiano. Da un altro, mette in luce l'assenza di un rimedio che possa consentire una riparazione del danno per chi sia stato erroneamente inserito

lecito, che viola il diritto positivo. Al contrario, le sanzioni adottate dal Consiglio di sicurezza ai sensi del Capitolo VII non sembrano rientrare pienamente in questa definizione. Sebbene esse scaturiscano da un comportamento illecito, la loro natura è piuttosto preventiva e il loro scopo esortativo, nel senso che mirano a indurre un'entità a cessare la violazione, più che punirla. In secondo luogo, esse non sono dirette esclusivamente a individui ma anche a gruppi di individui, entità finanziarie e imprese.



nella lista: tale mancanza sembra costituire una violazione particolarmente rilevante, per la quale non esiste ad oggi un rimedio effettivo, nell'ambito delle Nazioni Unite (White 2011).

2. Le sanzioni come strumento nella lotta al terrorismo internazionale

Con il riconoscimento del terrorismo internazionale quale minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale da parte del Consiglio di sicurezza⁵, quest'ultimo ha iniziato ad adottare misure sanzionatorie nei confronti di individui e società sospettati di essere affiliati ai gruppi terroristici o di sostenerli in qualche modo⁶. In ragione della transnazionalità del fenomeno terroristico (Farrall 2007; Ginsborg 2011), le misure adottate dal Consiglio di sicurezza si sono concretizzate in sanzioni specificamente elaborate per prevenire atti illeciti da parte di entità, individui o società, in base alla loro affiliazione a un particolare gruppo terroristico e senza alcun necessario legame con uno o più Stati.

⁵ Si veda, tra le altre, la risoluzione n. 1373, del 28 settembre 2001, in cui il Consiglio di sicurezza, condannando gli atti di terrorismo compiuti contro gli Stati Uniti, ha affermato «[...] such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security».

⁶ Il terrorismo si è imposto come una priorità nell'agenda del Consiglio di sicurezza, il quale ha naturalmente mantenuto attivi anche gli altri comitati e le altre liste che gestiscono le sanzioni imposte in relazione ad altri contesti di particolare gravità. Le prime sanzioni nell'ambito del terrorismo internazionale sono state comminate alla Libia a seguito dell'esplosione dell'aereo n. 103 della compagnia Pan American, che è divenuta nota come l'incidente di Lockerbie, dal nome della città scozzese che veniva sorvolata al momento dell'esplosione.



Saggi

Le sanzioni adottate dal Consiglio di sicurezza, inoltre, sono state affiancate da altri gruppi di sanzioni, adottati da organizzazioni regionali. Pertanto, la loro coesistenza non consente di fare riferimento alle *smart sanction* come a un regime omogeneo (Lugato 2010). A tal proposito, è opportuno distinguere tra gli atti dell'Unione europea e degli Stati membri delle Nazioni Unite, che danno diretta esecuzione alle sanzioni imposte contro individui ed entità inclusi nelle liste del Consiglio di sicurezza, e sanzioni adottate unilateralmente dall'Unione o dagli Stati membri delle Nazioni Unite, per dare attuazione, ad esempio, a una risoluzione del Consiglio di sicurezza⁷.

Per quanto concerne l'attività delle Nazioni Unite, le sanzioni individuali sono adottate attraverso l'imposizione di alcune misure a uno o più individui o entità. Per individuare i destinatari delle sanzioni, gli Stati possono proporre l'inserimento in una c.d. lista nera, formulando la richiesta all'interno del comitato rilevante. Attualmente, in riferimento alle misure antiterrorismo, è attiva una lista (*ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*), redatta in base ai criteri espressi nelle risoluzioni nn. 1267, 1989 e 2253, che raccoglie i nominativi di individui ed entità affiliate ai gruppi terroristici di al-Qaeda e del c.d. Stato Islamico; un'altra lista (*1988 Sanctions List*), invece, contiene i nominativi di individui affiliati al gruppo dei Talebani, secondo quanto stabilito nelle risoluzioni nn. 1988 e 2255. All'attivazione di ciascun gruppo di sanzioni è seguita l'istituzione

⁷ Si pensi alla risoluzione n. 1373, nella quale il Consiglio di sicurezza ha imposto alcune misure preventive in relazione al terrorismo internazionale, ma non ha creato delle liste. Tale provvedimento, invece, è stato adottato autonomamente dagli Stati membri e dall'Unione europea.



Saggi

di un comitato, competente a valutarne e gestirne l'applicazione. Pertanto, in riferimento alle sanzioni antiterrorismo, sono attualmente attivi due comitati: l'*ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee* e il *1988 Sanctions Committee*.

Le misure imposte dal Consiglio di sicurezza nei confronti di entrambi i gruppi sono di tre tipi: congelamento dei fondi, divieto di entrata o transito attraverso il territorio degli Stati membri, embargo delle armi. Dunque, soprattutto per quanto concerne le prime due misure, si tratta di provvedimenti che incidono seriamente sulla libertà personale degli individui, e che possono anche generare un pregiudizio considerevole, sia che la restrizione sia diretta contro singoli individui, sia che venga imposta contro società o altre entità.

Di particolare rilevanza è il congelamento dei beni, che può significativamente compromettere la stabilità finanziaria dei soggetti colpiti, soprattutto degli enti finanziari ed economici. Infatti, come ha notato parte della dottrina, tali misure possono concretamente causare finanche la chiusura della società o impresa cui sono dirette (Ginsborg 2014), incidendo pertanto in maniera negativa, nonché piuttosto grave, sulla situazione economica del destinatario della sanzione e causare un pregiudizio considerevole. Tale pregiudizio appare particolarmente serio nel caso di entità *wrongfully listed*, perché crea un danno significativo a un individuo (o a una società) che è invece estraneo al comportamento illecito, in ragione del quale si è inteso comminare la sanzione.

Per quanto concerne l'Unione europea, invece, essa ha adottato due regolamenti: con il primo, n. 881/2002, ha dato esecuzione alle sanzioni adottate dal Consiglio di sicurezza contro al-Qaeda e i Talebani, mentre, con il secondo, n. 2580/2001, l'Unione ha adottato alcune sanzioni auto-



nome, per censurare uno o più individui considerati affiliati in qualche modo al terrorismo internazionale⁸. Non va dimenticato, infine, che alcuni Stati hanno adottato atti di esecuzione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza, su cui ha competenza la Corte europea dei diritti dell'uomo, in ragione dell'adesione di questi Stati alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. Il problema: gli individui e le società *wrongfully listed*

Uno degli aspetti meno esplorati, nell'ambito della questione delle garanzie procedurali e sostanziali in caso di sanzioni individuali, è il problema degli individui che siano stati sottoposti a una misura restrittiva non soltanto sproporzionata, ma adottata sulla base di informazioni scorrette (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a un errore di identità), e il loro diritto a ottenere un'equa compensazione per il danno subito.

È opportuno ricordare, in via preliminare, che sia chi è inserito a ragione nelle liste nere del Consiglio di sicurezza, sia coloro che, appunto, subiscono un ingiusto provvedimento, soffrono una limitazione di alcuni diritti fondamentali, in particolare, del diritto di proprietà e della libertà di movimento. D'altra parte, mentre – nel primo caso – il fonda-

⁸ In particolare, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea è divenuta competente ad adottare sanzioni autonome nei confronti di individui che rientrino nella giurisdizione europea, ai sensi di quanto previsto dagli articoli 75 e 215 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (Tfue).



Saggi

mento giuridico sul quale si basa l'inserimento nella lista è soddisfatto (ossia, un collegamento, di qualunque tipo, con una delle organizzazioni terroristiche incluse nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza⁹), non così nel caso di individui inseriti per errore nelle *blacklist*. In tal caso, il motivo dell'inserimento, ossia l'affiliazione o il supporto a un gruppo terroristico, viene meno, perché il collegamento richiesto è accertato sulla base di informazioni errate (si pensi, nuovamente, a un errore sull'identità del sospettato) rendendo di fatto il pregiudizio creato irragionevole e infondato.

In altre parole, per gli individui ingiustamente colpiti, il contrasto tra la misura imposta e i diritti individuali che a essi dovrebbero essere garantiti appare ancora più stridente, soprattutto in considerazione della sostanziale assenza di strumenti che consentano, a livello universale, di porre rimedio al danno inflitto. Infatti, come si vedrà, tramite l'*Ombudsperson* e il *Focal point*, i destinatari delle sanzioni possono solo chiedere di essere rimossi dalle liste, sia quando reputino di essere vittime di un errore, sia quando ritengano che siano stati violati altri diritti, procedurali o sostanziali. Tale meccanismo, però, sebbene consenta di mettere fine alla misura sanzionatoria, non prende in considerazione l'eventualità di riparare al danno causato dalla sanzione, ove il destinatario sia stato ingiustamente danneggiato.

Non esiste uno strumento, uniforme e centralizzato, attraverso il quale garantire agli individui che abbiano subito una sanzione ingiusta, di poter ricevere una forma di compensazione. Attualmente, infatti, l'unica

⁹ Come previsto dalle rilevanti risoluzioni che impongono l'adozione di specifiche misure sanzionatorie, tra cui, appunto, la risoluzione n. 1267 del 1999.



Saggi

forma di riparazione concretamente disponibile è la rimozione dalle liste, che rappresenta uno strumento senz'altro importante per evitare che gli individui inseriti nelle *blacklist*, vi restino indebitamente. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza europea più recente consente di ritenere che la rimozione dalle liste nere non sia sempre sufficiente a garantire una riparazione del danno. Infatti, per chi è stato inserito in una *blacklist*, a causa di informazioni scorrette o false, la semplice rimozione può essere un rimedio talvolta tardivo e, di conseguenza, privo di efficacia e non sempre sufficiente a compensare il danno. Peraltro, proprio in relazione alla procedura di *delisting*, la natura ancora eccessivamente politica e il carattere non vincolante delle raccomandazioni dell'*Ombudsperson* sono solo alcuni esempi delle problematiche che si riscontrano nel meccanismo di rimozione dalle liste.

In realtà, le circostanze appena richiamate contribuiscono a evidenziare alcune criticità, non soltanto della fase di *delisting*, ma anche della procedura di *listing*. Attualmente, il Consiglio di sicurezza fornisce un formulario *standard* che gli Stati compilano al fine di proporre l'inserimento di un'entità nella lista: il formulario richiede una serie di informazioni anche piuttosto dettagliate, tra cui naturalmente, i dati personali del destinatario della misura, lo Stato e l'indirizzo di residenza ed eventuali informazioni note all'INTERPOL. Sebbene il formulario in esame appaia senz'altro articolato¹⁰, in effetti, l'assenza di particolari requisiti procedurali e la facoltà di non rivelare pubblicamente le informa-

¹⁰ I formulari per il *listing* e per proporre una richiesta di *delisting* sono disponibili online, sul sito web del Consiglio di sicurezza, all'indirizzo internet https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/aq_sanctions_list.



Saggi

zioni più rilevanti in base alle quali viene operata una proposta, rivela una procedura, nonostante le evoluzioni di cui si dirà tra breve, ancora sostanzialmente priva delle garanzie procedurali sufficienti a tutelare i diritti dell'individuo che subisce la misura (Ciampi 2011). Infatti, l'assenza di accesso a tutti gli elementi che hanno portato all'imposizione della sanzione non consente agli individui di poter confutare di fronte all'*Ombudsperson* tutte le informazioni che sono state addotte dagli Stati per effettuare il *listing*¹¹.

Infine, giova ricordare che è assente una procedura automatica, tramite la quale un organismo indipendente possa rivedere la proposta formulata dallo Stato membro. Al contrario, la proposta, in assenza di obiezioni¹² da parte dei membri del comitato competente entro un periodo prestabilito (generalmente, dieci giorni), si considera approvata. Naturalmente, alla base di questo sistema, si situa la necessità di garantire l'efficacia delle sanzioni, con un'azione tempestiva volta a prevenire la commissione di atti terroristici. È dunque proprio nella natura preventiva delle misure sanzionatorie che va ricercata la *ratio* della velocità con cui le sanzioni vengono imposte dal Consiglio di sicurezza a individui e società.

¹¹ Occorre ricordare che, spesso, le proposte degli Stati sono formulate in ragione di informazioni provenienti da fonti di *intelligence* che, naturalmente, non possono essere rese pubbliche.

¹² Cfr., ad esempio, le *Guidelines of the Committee for the conduct of its work*, adottate dal Security Council Committee pursuant to resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) concerning Al-Qaida and Associated Individuals and Entities, in data 7 novembre 2002 e da ultimo modificato in data 23 dicembre 2016, disponibile online (in particolare par. 4).



D'altra parte, a una procedura di inserimento così spedita nella lista, non fanno da contrappeso altrettanto efficaci metodi di rimozione che, almeno, richiedono quattro mesi di lavoro (nel caso del procedimento per il *delisting* attivo presso l'*Ombudsperson*¹³), protraendo dunque nel tempo una sanzione che, potenzialmente, potrebbe essere stata comminata erroneamente.

4. L'azione delle Nazioni unite per garantire il *due process*, con particolare riferimento al caso delle entità *wrongfully listed*

Proprio a causa della gravità dei provvedimenti imposti, le preoccupazioni del Consiglio di sicurezza in relazione alle garanzie procedurali nell'attuazione delle sanzioni hanno dato luogo a una progressiva evoluzione del regime in commento nonché all'istituzione di meccanismi che, come si vedrà, hanno inteso apportare dei correttivi a un sistema che, inizialmente, non prevedeva alcun limite sostanziale all'azione del Consiglio di sicurezza e dei comitati¹⁴.

¹³ Sul punto, si veda la procedura prevista dalla risoluzione n. 1904 (2009).

¹⁴ Il primo gruppo di sanzioni mirate in materia di antiterrorismo è stato reso operativo mediante la risoluzione n. 1267 del 15 ottobre 1999, e attraverso l'istituzione di un comitato (*1267 Committee*, poi *Al-Qaida Sanctions Committee*) che si occupa di gestire la *blacklist* contenente i nominativi di entità e individui sanzionati. A questo, si sono aggiunte negli anni successivi, le risoluzioni nn. 1988 e 1989 (che hanno separato il comitato Al-Qaeda e quello per gestire le sanzioni nei confronti dei Talebani (S/RES/1988 (2011), S/RES/1989 (2011) del e, solo recentemente, la 2253 S/RES/2253 (2015) del 17 dicembre 2015 che ha lo scopo di tagliare alla fonte i fondi e congelare le risorse di cui dispone lo



Saggi

Fin dall'attivazione delle prime sanzioni imposte con la risoluzione n. 1267, i problemi più evidenti si sono verificati in merito alle procedure per l'inserimento e la rimozione dalle liste e all'assenza di una revisione indipendente della misura.

Tali problemi non erano risolti dai comitati istituiti per gestire l'applicazione delle sanzioni. L'*ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee* (inizialmente, *1267 Committee*) e il *1988 Sanctions Committee* hanno natura, composizione e funzioni sostanzialmente analoghe. Essi sono organi sussidiari del Consiglio di sicurezza e sono composti da tutti i Membri del Consiglio stesso¹⁵. Come si evince dalle Linee Guida che regolano il funzionamento dei comitati, il loro mandato è stabilito in accordo alle diverse risoluzioni riguardanti l'applicazione delle sanzioni contro il gruppo Stato islamico, Al-Qaeda e dei Talebani. In particolare, le funzioni proprie dei comitati includono la verifica della chiarezza e della trasparenza delle procedure di lavoro e dell'effettiva applicazione delle sanzioni da parte degli Stati, facendo rapporto al Consiglio di sicurezza su eventuali casi di non implementazione delle misure richieste e facilitando, ove necessario, l'assistenza agli Stati che ne abbiano bisogno, allo scopo di agevolare l'attuazione delle misure richieste nelle risoluzioni.

Stato islamico. Sebbene gestiti da diversi comitati, i nominativi sono a oggi inseriti su un'unica lista denominata *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*. I nominativi sono inoltre inclusi nella *Consolidated Sanctions List* (l'ultima versione pubblicata sul sito web del Consiglio di sicurezza il 15 settembre 2016), che include i nominativi di tutti gli individui e le società soggetti a un regime sanzionatorio del Consiglio di sicurezza.

¹⁵ Tutte le caratteristiche e le funzioni principali dei comitati, le loro competenze e le procedure sono esplicitate nelle *Guidelines* di entrambi i comitati, disponibili *online* sul sito web del Consiglio di sicurezza.



Saggi

zioni¹⁶. Uno degli aspetti più interessanti è che i comitati possono decidere, ove necessario, di garantire un'eccezione per motivi umanitari. Essi, inoltre, sono abilitati a ricevere richieste di *delisting*, ma esclusivamente da parte degli Stati, oppure, indirettamente, esaminando le comunicazioni dell'*Ombudsperson* e del *Focal point*, dal momento in cui questi due organismi sono stati istituiti.

Come si evince dal mandato espresso nelle *Guidelines* dei comitati, il ruolo di questi ultimi è prevalentemente di tipo operativo: essi hanno lo scopo fondamentale di garantire l'applicazione delle sanzioni, tramite un'attività di monitoraggio e di *capacity building* e, ove si riscontrino dei casi di *non-compliance*, fare rapporto al Consiglio di sicurezza. Come accennato, poche sono le competenze dei comitati in relazione alla procedura di *delisting*, limitate alla possibilità di ricevere richieste dagli Stati e di comunicare con l'*Ombudsperson* e con il *Focal point*. Essi, in altre parole, non hanno alcun rapporto diretto con i destinatari finali delle sanzioni e, soprattutto, non hanno compiti in merito all'accertamento della linearità delle misure sanzionatorie con i principi fondamentali in materia di diritti umani.

Allo stesso modo, non possono influire sulla procedura di *listing* descritta nelle *Guidelines*, ma, piuttosto, svolgono un ruolo di supervisione e di vigilanza sulla trasparenza dei lavori¹⁷.

Dunque, per venire incontro alle esigenze di equità e rispetto delle garanzie minime in questi procedimenti, il Consiglio di sicurezza ha

¹⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, il punto 14 delle *Guidelines* dell'*ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee* e del *1988 Sanctions Committee*.

¹⁷ Si veda, a titolo meramente esemplificativo, la risoluzione n. 1988 (punto 26).



Saggi

dapprima istituito il c.d. *Focal point*¹⁸ e poi, successivamente, l'ufficio dell'*Ombudsperson*¹⁹. Il primo meccanismo sostanzialmente si occupa di ricevere le richieste e raccogliere le informazioni necessarie affinché il comitato competente possa decidere in merito all'eventuale cancellazione dalla lista del richiedente²⁰. Il secondo meccanismo, con un mandato analogo al primo, è stato istituito con la risoluzione n. 1904 e aggiunge, alle competenze del *Focal point*, anche la facoltà di redigere un *comprehensive report*, contenente le informazioni raccolte e sottoposte all'*Ombudsperson* dal richiedente, dagli Stati o da altri interessati a intervenire nella procedura (Ciampi 2010 b), nonché la decisione dell'*Ombudsperson* stesso in merito all'eventuale rimozione o mantenimento del ricorrente nella lista²¹.

¹⁸ A mezzo della risoluzione n. 1730 del 19 dicembre 2006.

¹⁹ Attraverso l'adozione della risoluzione n. 1904 del 17 dicembre 2009.

²⁰ Esso opera nell'ambito di tutte le liste, ad eccezione della *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*; inoltre, come si vedrà, solo recentemente, la risoluzione 2253 ha abilitato il *Focal point* a ricevere specificamente le comunicazioni di coloro i quali ritengano di essere stati inseriti per errore nelle *blacklist*.

²¹ La decisione finale, in merito al *ricorso* da parte di un individuo o un'entità che ritenga di essere stato erroneamente inserito nella lista, è comunque lasciata al comitato, che può eventualmente opporsi o deferire la questione al Consiglio di sicurezza, alla decisione dell'*Ombudsperson*. Tale aspetto non è da sottovalutare perché in questo modo la decisione ultima è affidata a un organo di natura chiaramente politica. Generalmente, la raccomandazione dell'*Ombudsperson* viene seguita, salvo che uno Stato sottoponga una richiesta di *delisting* nonostante una raccomandazione contraria dell'*Ombudsperson* oppure, anche di fronte a una raccomandazione di rimozione dalla lista, il comitato, per *consensus*, decida di mantenere l'individuo sulla lista. Come già accennato, è evidente che la procedura prospettata non è vincolante e che, in definitiva, è il comitato a decidere in



Saggi

Entrambi gli organismi sono molto importanti perché marcano una differenza significativa rispetto al regime che, nei primi anni di lavoro dell'attuale *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee*, aveva regolato l'imposizione e la rimozione delle sanzioni²². Soprattutto per chi era stato inserito nella lista per errore, a causa di informazioni insufficienti o scorrette, il meccanismo iniziale comportava non soltanto un pregiudizio irragionevole, ma anche pochissime possibilità di rimozione di una sanzione ingiusta. Pertanto, non si può negare che l'evoluzione appena esaminata abbia avuto un impatto, seppur limitato e indiretto, sul caso degli individui vittime di una sanzione illegittima, consentendo loro di richiedere la rimozione dalla lista direttamente all'organismo competente. Infatti, non si può non notare che l'istituzione di queste due figure ha consentito, anche a chi si considerasse *wrongfully listed*, di adire il *Focal point* o l'*Ombudsperson*, per ottenere la rimozione dalla lista. In altre parole, la prassi del Consiglio di sicurezza ha avuto impatto, seppur indirettamente, anche sul caso delle entità *wrongfully listed*, consentendo loro di richiedere la rimozione dalla lista. Tuttavia, prima dell'approvazione

ultima istanza se un individuo o una società devono restare o meno sulla lista delle sanzioni.

²² Inizialmente, l'individuo o la società non ricevevano alcuna comunicazione in relazione all'inclusione nella *blacklist*, finendo per venirne a conoscenza solo nel corso di una operazione finanziaria o, alternativamente, nel tentativo di effettuare un viaggio. Né, peraltro, gli individui avevano il diritto di adire direttamente il Consiglio di sicurezza e contestare la decisione subita. Come si può immaginare, le speranze di veder corretto un eventuale errore erano pressoché inesistenti, salvo chiedere al proprio governo di rappresentare la richiesta all'interno del comitato e sperare che quest'ultimo la accettasse. La procedura di votazione del comitato, basata sul *consensus*, rendeva questa eventualità particolarmente difficile.



Saggi

della risoluzione n. 2253 non esisteva nessuna procedura che prendesse specificamente in considerazione il caso di individui che si ritenevano destinatari di una sanzione erronea.

Le modifiche che sono state introdotte nel corso degli anni, dunque, sebbene significative, hanno inciso solo limitatamente sulla questione delle entità *wrongfully listed*.

Certamente, l'istituzione dell'*Ombudsperson* (e, solo limitatamente, anche l'istituzione del *Focal point*) ha integrato i compiti dei comitati, consentendo ai destinatari delle sanzioni di ricorrere direttamente a un organismo indipendente, senza dover passare attraverso il proprio Stato di residenza. È, difatti, al *Focal point* e all'*Ombudsperson* che le entità sanzionate si rivolgono direttamente, facendo affidamento sulla natura indipendente di questi organi²³. I comitati, infatti, essendo composti dagli stessi Stati membri del Consiglio di sicurezza, non possono evidentemente fornire le stesse garanzie di indipendenza del *Focal point* e dell'*Ombudsperson*, se non altro in quanto si realizza di fatto una sovrapposizione tra il soggetto che impone la sanzione e chi, invece, è incaricato di farla rispettare.

In definitiva, però, anche con la più recente istituzione dell'*Ombudsperson*, la procedura ha mantenuto i due aspetti fondamentali che caratterizzano anche il procedimento di fronte al *Focal point*: il risultato del procedimento non vincolante e il carattere non giudiziale della decisione. Questi fattori, combinati con il meccanismo che regola la deci-

²³ La natura indipendente dell'*Ombudsperson*, è prevista dalla risoluzione istitutiva di questo organismo. Si veda, in particolare, la risoluzione n. 1904 (par. 20).



Saggi

sione in seno ai comitati (in base al quale sono gli Stati ad avere l'ultima parola in merito alla permanenza o meno di un'entità sanzionata sulla lista) danno luogo a una procedura che, in ultima istanza, si può considerare politica. La decisione dell'*Ombudsperson* manca della forza vincolante che hanno invece le pronunce giurisprudenziali e, dunque, la sua adozione non può che essere lasciata al giudizio degli Stati che fanno parte del comitato.

La natura politica delle procedure onusiane, che non sono caratterizzate da un apparato legislativo, si palesa certamente nella fase di accertamento della compatibilità delle sanzioni con alcuni diritti fondamentali, ma emerge anche nel meccanismo di adozione delle stesse misure sanzionatorie e, conseguentemente, nel loro carattere preventivo e non punitivo. Ciò distingue l'attività onusiana da quella di alcuni organi regionali che, come si vedrà, hanno la possibilità di adottare atti di natura giurisdizionale e, dunque, vincolanti.

Nondimeno, l'evoluzione appena ricordata ha certamente inciso sul sistema delle sanzioni individuali nella lotta al terrorismo internazionale e, in particolare, sulla compatibilità di queste misure con i diritti fondamentali dei destinatari delle sanzioni. Più specificamente, l'istituzione dell'*Ombudsperson* e del *Focal point* ha consentito quantomeno di operare un controllo indipendente (benché *ex post*) dell'imposizione delle sanzioni, suggerendo il mantenimento o la rimozione dalla lista al comitato competente e assicurando una revisione periodica più o meno accurata della misura. Tuttavia, l'impatto di questi organismi nel caso di individui e società che siano stati inseriti nelle liste nere erroneamente e che dunque siano di fatto estranei a un supporto a gruppi terroristici, restava limitato. Come si vedrà, il *Focal point* è stato abilitato solo recentemen-



te a ricevere le comunicazioni di individui che lamentino una erronea inclusione nelle liste, ma le competenze di questo organismo in relazione a questa fattispecie restano piuttosto ridotte.

5. Segue: la recente prassi del Consiglio di sicurezza

Anche dopo l'istituzione dell'*Ombudsperson*, quest'ultimo ha continuato a lavorare parallelamente al *Focal point*, ma con specifico mandato di esaminare le richieste di rimozione dalla *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*. Se, in relazione alle procedure di *listing* e *delisting*, che pure vengono in rilievo per il presente caso, l'*Ombudsperson* riveste il ruolo di attore principale, per il caso specifico delle comunicazioni da parte di individui che ritengano di essere stati destinatari di un ingiusto provvedimento, il ruolo eminente è ricoperto invece dal *Focal point*. La recente prassi del Consiglio di sicurezza su questo aspetto mostra la sempre maggiore attenzione all'imposizione di sanzioni, nel rispetto dei diritti fondamentali e del *due process*.

Infatti, a partire dalla risoluzione n. 2161 (2014), il *Focal point* è stato autorizzato a ricevere le richieste di coloro i quali lamentino di essere stati inclusi nella *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*, sulla base di informazioni false o scorrette²⁴. Tuttavia, la disposizione in oggetto ha carattere generale e si limita a conferire al *Focal point* la competenza a ricevere le comunicazioni da parte di individui che sono stati *wrongfully*

²⁴ Si veda la risoluzione n. 2161 del 17 giugno 2014, in particolare par. 63 (b).



Saggi

listed e a indirizzare il comitato nella risposta a questi ultimi. Le uniche precisazioni indicate dalla risoluzione in esame sono nondimeno molto generiche: il *Focal point* deve agire «as may be appropriate, within 60 days». La risoluzione, dunque, non fornisce indicazioni né sulla procedura da seguire né sul tipo di provvedimento da intraprendere in tal senso, non facendo presupporre un eventuale esame del caso né indicando chi sia eventualmente competente ad esaminare il caso portato all'attenzione del *Focal point*. E, soprattutto non chiarisce che tipo di comunicazioni il comitato, tramite il *Focal point*, sia abilitato a ricevere, parlando genericamente di «comunicazioni». Il linguaggio utilizzato dalla risoluzione indica soltanto un limite di tempo massimo (due mesi) e non offre indicazioni di altro tipo, lasciando ampio spazio all'interpretazione del *Focal point* stesso e del comitato, incaricati di recepire e rispondere alla comunicazione.

Sul contesto normativo e politico appena analizzato si innesta la recente risoluzione adottata dal Consiglio di sicurezza, specificamente diretta a fronteggiare le minacce derivanti dal terrorismo internazionale e dalle attività poste in essere dal c.d. Stato islamico. Approvata all'unanimità poco più di un mese dopo gli attentati terroristici di Parigi, su proposta degli Stati Uniti e della Federazione Russa, la risoluzione n. 2253 (2015)²⁵ del Consiglio di sicurezza prosegue sulla strada della mag-

²⁵ Solo pochi giorni dopo l'approvazione della risoluzione n. 2253, il consiglio ha adottato un'altra risoluzione (la n. 2255 del 22 dicembre 2015), con la quale ha autorizzato il *Focal point* a ricevere anche le richieste di esenzione dall'embargo sui viaggi e dal congelamento di *assets* finanziari, in relazione alla lista di sanzioni derivante dalla risoluzione 1988. Quest'ultima si sofferma dunque sul caso delle sanzioni nei confronti del



Saggi

giore tutela dei diritti fondamentali degli individui sottoposti alle sanzioni, in particolare cercando di rendere più trasparente la procedura della rimozione dalle liste e della stessa inclusione nelle liste.

Tra gli aspetti più rilevanti della risoluzione, è possibile certamente ricordare le misure adottate proprio in relazione al caso degli individui *wrongfully listed*. In tal senso, la risoluzione conferma la competenza del *Focal point* a ricevere comunicazioni di individui che ritengano di essere stati erroneamente sottoposti al regime sanzionatorio (sempre e solo in relazione alla erronea inclusione nella *ISIL(Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*)²⁶. Mentre resta sempre molto vaga sul requisito del «as may be appropriate», la risoluzione richiede al comitato, con l'assistenza del *Monitoring Team* e in consultazione con gli Stati interessati di considerare *attentamente* le comunicazioni e di rispondervi attraverso il *Focal point*, sempre entro il termine di 60 giorni. Inoltre, essa richiede al comitato, in consultazione con l'Interpol e con gli Stati membri, di indirizzare nella maniera più appropriata i casi (probabili o confermati) di misure restrittive causate da identità errate o anche casi in cui sia sospettata una confusione tra gli individui che subiscono la sanzione e gli individui invece inclusi nella *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List* (in altre parole, un errore relativo all'identità del soggetto al quale si intendono congelare i beni o limitare la libertà di movimento).

gruppo dei Talebani e su eventuali esenzioni, per motivi umanitari, ma non affronta il problema degli individui e delle entità *wrongfully listed*.

²⁶ Sul punto, si veda la risoluzione n. 2253 del 17 dicembre 2015, in particolare i paragrafi 77 e 78.



Saggi

Sembra dunque lecito affermare che l'azione intrapresa dal Consiglio di sicurezza in relazione a questo aspetto miri a ottenere una più ampia trasparenza del sistema delle *smart sanction*. Tuttavia, la risoluzione non sembrerebbe aver apportato significativi miglioramenti alla procedura concernente gli individui e le società *wrongfully listed*, restando sempre molto generica sulla strada che il comitato e il *Focal point* devono seguire per rispondere alle istanze di questo genere. L'unico significativo limite imposto è il tempo a disposizione per esaminare la comunicazione, che ammonta a 60 giorni. Invece, l'unico obbligo che sembrerebbe essere posto in capo al comitato e agli Stati membri è di prendere effettivamente in considerazione la comunicazione degli individui, esaminandola nella maniera più appropriata: la procedura, inoltre, non appare fornire alcuna soluzione specifica per eventuali errori commessi nell'inserimento nella lista, non prospettando un'eventuale verifica del danno subito né, di conseguenza, la possibilità di risarcimento da accordare alla vittima.

Va ribadito, inoltre, che la procedura attiva di fronte al *Focal point* concerne esclusivamente gli individui che siano stati inseriti nella *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List*. Pur volendo limitare l'analisi soltanto alle sanzioni disposte in materia di prevenzione del terrorismo internazionale, non è attiva nessuna procedura per ricevere eventuali comunicazioni per coloro i quali ritengano di essere stati erroneamente inseriti nella *1988 Sanctions List* che, invece, impone sanzioni nei confronti di eventuali sostenitori del gruppo dei Talebani.

Nonostante i problemi appena esposti, la recente prassi del Consiglio di sicurezza mostra dunque una sempre maggiore attenzione alla tutela dei diritti fondamentali nella lotta al terrorismo, arricchendo una prassi che ha iniziato a consolidarsi già da tempo. In particolare, il Consiglio ha



adottato alcune misure volte a gestire specificamente il fenomeno delle entità erroneamente inserite nelle *blacklists*. Il problema, tuttavia, sembra essere regolato soltanto a livello embrionale e non si può escludere che le prossime risoluzioni contribuiranno a disciplinare in modo più articolato e approfondito la procedura che le entità *wrongfully listed* hanno facoltà di intraprendere nell'ambito delle Nazioni Unite.

6. Il ruolo delle Corti regionali: riflessioni critiche

Nonostante l'evidente evoluzione della disciplina onusiana, come visto, è assente uno strumento che consenta agli individui e alle entità *wrongfully listed* di richiedere e ottenere un risarcimento in caso di danno. La necessità di questa procedura muove dal presupposto che, in taluni casi, la semplice rimozione della sanzione non sia sufficiente per rimediare al danno arrecato.

Tale strumento è invece presente in alcune organizzazioni regionali: specialmente le Corti europee (sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, sia la Corte di giustizia dell'Unione europea²⁷), infatti, hanno affermato alcuni principi che devono essere rispettati per garantire la tutela dei diritti fondamentali delle entità colpite dalle sanzioni, pronunciandosi, soprattutto nella giurisprudenza più recente, anche sulla questione degli

²⁷ Ai sensi dell'art. 275, essa può adottare delle sentenze in merito agli atti dell'Unione che abbiano lo scopo di rendere esecutive nell'ambito dell'Unione europea le sanzioni del Consiglio di sicurezza, oppure in merito agli atti tramite i quali l'Ue stessa abbia adottato delle sanzioni.



Saggi

individui sottoposti a sanzione in ragione di informazioni errate. Le Corti europee, infatti, sono state i primi organi giurisdizionali ad aver attribuito un risarcimento pecuniario ad alcuni destinatari delle *smart sanctions*, seguendo un processo evidentemente evolutivo, che si è spostato da orientamenti più timidi (si pensi alla prima pronuncia del Tribunale dell'Unione europea nel noto caso *Kadi*), a posizioni più assertive, come emerge dalle sentenze più recenti, in cui i giudici hanno riscontrato le condizioni per attribuire un risarcimento a individui o entità, destinatari di una sanzione illegittima (ad esempio, la sentenza *Safa Nicu Sepahan c. Consiglio dell'Unione europea*).

Le Corti hanno accertato proprio che, in taluni casi, il pregiudizio subito in virtù di una sanzione erronea o, semplicemente, sproporzionata, possa rendere necessaria l'attribuzione di un risarcimento e che la rimozione dalla lista non sia un rimedio sufficiente. Tale eventualità sembra discendere dal più ampio principio del diritto alla tutela giurisdizionale che può prevedere, *inter alia*, l'eventualità che lo Stato attribuisca un risarcimento al privato, in caso di provvedimento erroneo che abbia generato un danno, pecuniario o morale. Come si vedrà, in effetti, le Corti hanno inteso anche delineare alcuni limiti di questo principio, ad esempio, accertando la necessità di raggiungere un dato livello di gravità del pregiudizio, per procedere al risarcimento (come nel caso *José Maria Sison c. Consiglio dell'Unione europea* (caso *Sison III*), causa n. T-341/07, sentenza del 23 novembre 2011).

Dall'analisi della giurisprudenza, emerge inoltre che il filo conduttore che lega le pronunce delle Corti europee, e che ritorna nei diversi casi, è quello del bilanciamento tra le esigenze derivanti dalla lotta al terrorismo internazionale e la tutela dei diritti fondamentali. In questi termini,



Saggi

tuttavia, il bilanciamento viene meno qualora le Corti si trovino di fronte a una sanzione manifestamente errata, che rende qualunque bilanciamento tra diritti e provvedimento sanzionatorio privo di equilibrio, dato che la misura perde la sua natura preventiva e si trasforma in una sanzione errata *tout court*. In tal caso, il bilanciamento è da ricercare altrove e, in particolare, nell'equilibrio tra la misura che ha lo scopo di offrire una compensazione (la rimozione dalla lista e l'attestazione dell'errore o, eventualmente, il risarcimento) e il danno subito dal destinatario della sanzione erronea. E, proprio per accertare la fondatezza del provvedimento, è evidente che il problema principale che i giudici devono affrontare è la segretezza delle informazioni in base alle quali un individuo o un'entità sono stati inseriti in una lista nera, questione che rende spesso difficile per le Corti pronunciarsi nel merito del *listing* e verificare l'esistenza di un errore manifesto di valutazione degli elementi che portano all'adozione di una misura.

Vale la pena ricordare, infine, un problema rilevante. In primo luogo, mentre la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a giudicare su ricorsi aventi a oggetto una controversia riguardante gli atti delle istituzioni dell'Unione e la Corte europea dei diritti dell'uomo è competente a giudicare sulle eventuali violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo poste in essere dagli Stati Parti della Convenzione, risultano naturalmente esclusi dalla competenza di entrambe le Corti gli atti delle Nazioni Unite. A questa constatazione, occorre aggiungere l'assenza di altri strumenti, specialmente di natura giurisdizionale, abilitati a svolgere un controllo analogo sugli atti del Consiglio di sicurezza. In tal senso, infatti, come noto, la Corte internazionale di giustizia, può ricevere la richiesta di pareri da parte di uno o più organi delle Nazioni



Saggi

Unite (o di altre organizzazioni internazionali) i quali tuttavia, proprio per la loro natura di atti consultivi, restano non vincolanti²⁸. Tuttavia, la Corte non può operare, né *motu proprio*, né su input di altri organi, un controllo di legittimità, sugli atti adottati da altri organi (Shaygan 2008, 528-529)²⁹. Tale lacuna, pertanto, non consente alcun controllo su atti come quelli del Consiglio di sicurezza che, seppur adottati grazie all'accordo di un numero ridotto di Stati parte della Comunità internazionale, risultano poi vincolanti per tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite.

In ultima analisi, dunque, non si può fare a meno di notare la generale assenza di un controllo giurisdizionale sugli atti vincolanti del Consiglio di sicurezza, che impongano l'adozione di misure restrittive agli Stati membri, e che pure costituisce una lacuna nell'ordinamento onusiano.

Per quanto concerne invece la giurisprudenza resa dalle Corti regionali, alcuni casi sono particolarmente noti. La Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata più volte nell'ambito del ricorso

²⁸ Si veda, sul punto, lo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia e il potere ad essa attribuito ai sensi del Capitolo IV, in particolare agli artt. 65 e ss.

²⁹ Sulla questione, si ricorda la giurisprudenza della stessa Corte Internazionale di Giustizia, in particolare il caso *Legal consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16. L'assenza della competenza della Corte a svolgere un controllo di legittimità sembra peraltro coerente con le caratteristiche della Corte stessa, che è un organismo di risoluzione pacifica delle controversie esistenti tra gli Stati (si veda, sul punto, anche la disciplina prevista dalla Carta delle Nazioni Unite, in particolare l'art. 33 e gli artt. 92 e ss.).



Saggi

Kadi e Al Barakaat Foundation c. Consiglio e Commissione (cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008), giungendo ad affermare e ribadire – dopo aver ribaltato la pronuncia del Tribunale del 21 settembre 2005 – la necessità di rispettare i principi fondamentali del diritto dell’Unione³⁰ anche qualora la misura sia presa in applicazione di una risoluzione vincolante del Consiglio di sicurezza. Talvolta, infatti, è stata riscontrata una possibile conflittualità tra i principi in materia di diritti umani e l’art. 103 della Carta delle Nazioni Unite che impone, in caso di contrasto, la supremazia degli obblighi derivanti dalla Carta rispetto agli obblighi di natura convenzionale degli Stati: in tal senso, la pronuncia non sembrerebbe opporsi all’art. 103, ma sembra piuttosto invitare all’applicazione delle misure sanzionatorie richieste agli Stati dal Consiglio di sicurezza, compatibilmente con le prescrizioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani (Bernhardt 2002).

Emerge già in questo primo caso il ricordato *fil rouge* che collega le diverse pronunce delle Corti europee: l’obbligo di rispettare i diritti umani anche nella lotta al terrorismo internazionale e bilanciare l’obbligo di prevenire e reprimere il terrorismo internazionale con gli obblighi di tutelare i diritti fondamentali degli individui.

Dopo il caso *Kadi*, che ha fatto emergere il problema della tutela dei diritti umani in caso di sanzioni adottate nell’ordinamento dell’Unione, la Corte di giustizia si è pronunciata anche su casi in cui gli individui erano stati inseriti in una lista nera illegittimamente. Già nel richiamato

³⁰ Del quale i diritti umani formano parte integrante grazie all’incorporazione della Carta di Nizza nel diritto dell’Unione europea, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.



Saggi

caso *Sison III*, la Corte aveva ravvisato un errore manifesto di valutazione da parte del Consiglio, non riscontrando, però, gli elementi sufficienti per disporre un risarcimento per il destinatario della sanzione, i cui beni erano rimasti congelati per quasi dieci anni. In particolare, la Corte ha affermato la necessità che il pregiudizio subito raggiunga una soglia di serietà non irrilevante (facendo riferimento a una «violazione sufficientemente qualificata», par. 81 della sentenza), ma soprattutto che, per disporre il risarcimento, sia possibile imputare una responsabilità extracontrattuale in capo all'Istituzione dell'Unione che ha adottato l'atto. Nel caso di specie, la Corte ha affermato che l'errore del Consiglio era da ritenersi in qualche modo "comprensibile", in quanto l'atto era strumentale a obiettivi di carattere generale e l'errore di identità in cui era incappato il Consiglio avrebbe potuto essere commesso anche da un'amministrazione che si fosse comportata in maniera pienamente diligente.

In effetti, come ha sottolineato parte della dottrina (Lugato 2012; Svoboda 2012), tali argomentazioni non sembrano interamente convincenti. Tuttavia, il ragionamento dei giudici consente di mettere in luce due elementi. In primo luogo, emerge il ricorso al criterio della diligenza dovuta per accertare la violazione, cui la Corte farà riferimento anche successivamente, affermandone dunque l'importanza quale criterio di valutazione. In secondo luogo, l'evidente timidezza del responso della Corte segnala che ci troviamo agli inizi di quel processo evolutivo di cui si è accennato poc'anzi e che trova particolare dimostrazione nel caso dei successivi provvedimenti disposti in favore di individui ed entità *wrongfully listed*.

In particolare, poco tempo dopo, la Corte ha accertato nuovamente che il Consiglio dell'Ue aveva commesso un errore manifesto di valuta-



Saggi

zione, nel caso riguardante la *Syria International Islamic Bank*³¹ e aveva pertanto disposto l'annullamento parziale del regolamento che la ricorrente aveva contestato. D'altra parte, il Tribunale aveva ritenuto che la ricorrente non avesse sufficientemente dimostrato che il pregiudizio subito era una conseguenza delle misure adottate a suo danno: il danno poteva in effetti derivare anche da un provvedimento preso da altre autorità. Di conseguenza, il Tribunale aveva ritenuto che la richiesta di risarcimento dei danni fosse irricevibile.

Pertanto, nel caso di specie, il Tribunale aveva ricordato anche che il Consiglio dell'Unione europea ha un ampio margine di apprezzamento nella scelta di adottare o meno una misura, e i giudici non possono *correggere* il Consiglio nel giudizio di fatti e circostanze che conducono all'applicazione di una tale misura (par. 55). Ciò che possono fare, però, è verificare se il Consiglio ha seguito le norme relative alla procedura e ha correttamente motivato l'imposizione di una misura, e verificando se esiste, eventualmente, un errore manifesto nel giudizio dei fatti.

In tal senso, dunque, la Corte non può giudicare se la misura sia stata applicata erroneamente nel merito, ma solo se ci siano vizi procedurali o un errore manifesto di valutazione. Nel caso, non è da escludersi un risarcimento del danno che, però, la *Syria Islamic Bank* non aveva sufficientemente dimostrato. Emerge già in questa sentenza una maggiore apertura nei confronti della possibilità di attribuire un risarcimento, per il quale, però, la Corte non ha ravvisato le condizioni.

³¹ *Syria International Islamic Bank v. Council of the European Union*, causa T-293/12, sentenza resa dal Tribunale in data 11 giugno 2014, spec. par. 55 e ss.



Saggi

Alla luce di queste due sentenze e dell'orientamento inizialmente tenuto dalla Corte, si può dunque ritenere che la svolta si sia avuta con la più recente pronuncia del Tribunale dell'Unione nel caso *Safa Nicu Sepahan c. Consiglio dell'Unione europea* (causa T-384/11, sentenza resa dal Tribunale in data 25 novembre 2014) che, seppur resa nell'ambito di sanzioni non dirette alla lotta contro il terrorismo internazionale ma al contenimento della proliferazione nucleare iraniana, viene in rilievo perché, per la prima volta, il Tribunale ha disposto la liquidazione di un risarcimento in favore di una società (la *Safa Nicu*) che è stata sottoposta a misure di attuazione delle sanzioni onusiane, in ragione di una valutazione basata su presupposti e su informazioni insufficienti del Consiglio.

Come visto, nelle precedenti sentenze la Corte non aveva generalmente ravvisato né un pregiudizio sufficientemente rilevante né un effettivo rapporto di causa-effetto, tra la sanzione comminata e il pregiudizio lamentato. Nel caso in esame, invece, la società ricorrente era stata inserita nelle liste nere dell'Unione europea in materia di proliferazione nucleare dell'Iran, attraverso il regolamento di esecuzione n. 503/2011³². Il Tribunale ha accertato che il Consiglio dell'Ue non aveva raccolto sufficienti informazioni e prove dell'effettivo coinvolgimento della società della ricorrente nelle attività riguardanti la proliferazione nucleare, basandosi sostanzialmente sulla proposta di uno Stato membro, e non aveva sufficientemente motivato l'inserimento della società della ricorrente

³² Che eseguiva il precedente regolamento n. 961/2010, nel quale si faceva riferimento alle misure restrittive di congelamento e limitazione del trasferimento dei beni delle entità contenute nell'allegato alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 1737, 1803 e 1929.



Saggi

nella lista³³. In particolare, il Tribunale ha ravvisato che il Consiglio non aveva raccolto le prove che avrebbero dovuto, invece, essere richieste da un'amministrazione *prudente e diligente*, ravvisando di conseguenza una violazione del principio di *due diligence*, nella raccolta delle informazioni che avevano supportato l'inserimento della società *Nicu Sepahan* nella lista³⁴.

L'interesse della sentenza risiede, in primo luogo, nel fatto che, ancora una volta, la diligenza dell'organo che ha adottato l'atto è considerata un parametro fondamentale nell'accertamento della violazione. Ma, soprattutto, risiede nel fatto che il Tribunale ha riconosciuto che, in effetti, la semplice rimozione dalla lista, accompagnata dalla constatazione dell'illegittimità degli atti impugnati, non avrebbe costituito un bilanciamento sufficiente al danno non patrimoniale derivante dalla restrizione subita dalla ricorrente per un periodo di circa tre anni (par. 88 del-

³³ Cfr. *Safa Nicu Sepahan c. Consiglio dell'Unione europea*, par. 91. «[...] Pur se l'inserimento del nome della ricorrente, pubblicato nella Gazzetta ufficiale, avrebbe potuto essere ritirato in qualsiasi momento dal Consiglio, tale inserimento è stato mantenuto per quasi tre anni, nonostante le rimozioni della ricorrente. A tale riguardo, il fascicolo non contiene elementi tali da suggerire che il Consiglio abbia verificato, di propria iniziativa o in risposta alle rimozioni della ricorrente, la fondatezza di detta affermazione, al fine di limitarne le conseguenze pregiudizievoli per la ricorrente».

³⁴ Par. 68 della sentenza: «Alla luce di tutto quanto precede, si deve ritenere che, nelle circostanze di specie, un'amministrazione normalmente prudente e diligente sarebbe stata in grado di comprendere, al momento dell'adozione del primo atto impugnato, che le spettava raccogliere informazioni o elementi di prova che giustificassero le misure restrittive nei confronti della ricorrente, al fine di potere dimostrare, in caso di contestazione, la fondatezza di tali misure, producendo dinanzi al giudice dell'Unione dette informazioni o detti elementi di prova».



la sentenza). La rimozione del provvedimento comminato ai danni della ricorrente avrebbe potuto ridurre l'ammontare del risarcimento ad essa corrisposto, ma non avrebbe costituito una riparazione integrale del danno sofferto e pertanto i giudici hanno attribuito alla ricorrente un risarcimento di cinquantamila euro. Il Tribunale non ha escluso, inoltre, l'eventualità di poter liquidare anche il danno patrimoniale, ma ha ritenuto che, nel caso di specie, esso non fosse stato sufficientemente dimostrato dalla ricorrente. Il Consiglio e la ricorrente hanno impugnato la sentenza del Tribunale di fronte alla Corte: il caso è attualmente ancora pendente di fronte ai giudici³⁵.

7. Segue: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevanza nei casi di entità erroneamente inserite nelle liste, perché afferma l'obbligo dello Stato di verificare, prima dell'incorporazione della misura nel proprio ordinamento interno, che la sanzione adottata dal Consiglio di sicurezza non sia arbitraria. In particolare, la Corte ha accertato l'esistenza di un obbligo per lo Stato (se non in base al diritto onusiano, quantomeno in base agli obblighi derivanti dalla Convenzione) di verificare la compatibilità delle sanzioni con i diritti fondamentali rico-

³⁵ Il Consiglio ha chiesto alla Corte di annullare la sentenza nella parte in cui lo obbliga a pagare il risarcimento per il danno non patrimoniale, mentre la ricorrente ha richiesto l'annullamento della sentenza nella parte in cui il Tribunale non ha riconosciuto risarcibile il danno patrimoniale.



Saggi

nosciuti dalla Convenzione³⁶. In tal modo, peraltro, lo Stato può analizzare gli elementi che si situano alla base dell'imposizione della sanzione (sebbene debba spesso confrontarsi con la segretezza degli elementi su cui si propone l'inserimento in una lista), potendo così sollevare l'esistenza di un eventuale errore.

Tale impostazione è evidentemente ravvisabile in due sentenze appartenenti alla giurisprudenza della Corte, che appaiono particolarmente rilevanti.

Nel caso *Nada v. Switzerland*³⁷ (ricorso n. 10593/08, sentenza della Grande Camera del 12 settembre 2012), il ricorrente aveva lamentato una violazione di diversi diritti tutelati dalla Convenzione, a seguito del suo inserimento nella lista nera secondo la quale egli sarebbe risultato affiliato al terrorismo internazionale (in particolare, con il gruppo al-Qaeda). Conseguentemente all'inserimento nella lista, la sua libertà di movimento è stata fortemente limitata. In questo caso, la Corte non ha giudicato erranea la misura imposta, ma l'ha ritenuta non proporzionale: in particolare, la restrizione pressoché totale della libertà di movi-

³⁶ Oltre all'obbligo di garantire che la misura non sia sproporzionata. Quest'ultimo aspetto, tuttavia, evidentemente, non ha rilevanza esclusiva per il caso in esame, ma per qualunque misura comportante una restrizione di un diritto individuale.

³⁷ D'altra parte, già a partire dal caso *Bosphorus* (*Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Tica-ret Anonim Sirketi v. Ireland*, Grande Camera, sentenza del 30 giugno 2005), la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva giudicato in merito al ricorso di una società inclusa nelle liste relative alle sanzioni imposte contro la ex-Jugoslavia, nel corso del conflitto. Benché, nel caso *Bosphorus*, la Corte non abbia in effetti riscontrato una violazione da parte dello Stato convenuto, la sentenza mostra che già oltre dieci anni la questione è venuta in rilievo e si è proposta all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo.



Saggi

mento non ha costituito un provvedimento sufficientemente equilibrato, che bilanciassero opportunamente tra i diritti del ricorrente e la tutela della sicurezza del Paese in relazione alle minacce provenienti dal diritto internazionale. Di conseguenza, essa ha attribuito al ricorrente un risarcimento di trentamila euro, avendo riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione (par. 199).

Al caso appena menzionato, si deve aggiungere la recente sentenza resa dalla Grande Camera nel caso *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (ricorso n. 5808/09, sentenza della Grande Camera del 21 giugno 2016), nella quale la Corte ha ravvisato una violazione del diritto all'equo processo sancito dall'art. 6 (1) della Convenzione. La Corte ha dichiarato che tutti gli individui sottoposti a una sanzione devono poter ricorrere a un tribunale per poter contestare la sanzione loro imposta e che il tribunale deve esaminare indipendentemente le richieste del ricorrente, nel merito. La Corte ha inoltre precisato che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza non impediscono una revisione giudiziale della misura sanzionatoria imposta³⁸ e che privare di questa possibilità i ricor-

³⁸ Cfr. par. 146 «As a result, in view of the seriousness of the consequences for the Convention rights of those persons, where a resolution such as that in the present case, namely Resolution 1483, does not contain any clear or explicit wording excluding the possibility of judicial supervision of the measures taken for its implementation, it must always be understood as authorising the courts of the respondent State to exercise sufficient scrutiny so that any arbitrariness can be avoided». La Corte ha confermato in tal senso anche l'orientamento che la Corte aveva sancito nella sentenza *Al-Jedda*, nella quale i giudici, al par. 102, hanno affermato che «the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a United Nations Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the



Saggi

renti costituisce di fatto una misura non proporzionale in una società democratica, sebbene adottata nel corso della lotta al terrorismo internazionale. Di conseguenza, laddove la sanzione non segua questa procedura, lo Stato è suscettibile di violare l'art. 6 della Cedu. Nel caso di specie, la GC ha confermato l'orientamento già affermato dalla Camera, ravvisando una violazione dell'art. 6. Il problema riscontrato dalla Corte nel comportamento delle autorità svizzere riguarda principalmente l'assenza di una revisione indipendente delle misure di *listing*, che rischiano di trasformarsi in una misura arbitraria a carico della vittima³⁹.

Il ruolo del bilanciamento delle diverse esigenze cui deve fare fronte uno Stato democratico, emerge dunque anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La questione degli individui e delle società *wrongfully listed*, in particolare, ne è indirettamente toccata perché se lo Stato opera un bilanciamento e una revisione periodica della misura sanzionatoria, come la Corte ha ritenuto necessario nel caso *Al-Dulimi*, ha la possibilità di verificare l'eventuale erroneità della misura prima che la vittima subisca un danno irreparabile.

Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations' important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law», corsivo aggiunto.

³⁹ Resta dubbio se, effettivamente, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza in materia lascino questo margine di apprezzamento alle Corti regionali o nazionali, tali da sottoporre i nominativi inseriti nelle *blacklist* e, di conseguenza, tutta la procedura di *listing* a scrutinio giurisdizionale. Resta il fatto che, *vis-à-vis* il comportamento degli Stati, le Corti regionali europee detengono il potere di giudicare se gli Stati hanno violato la Convenzione o il diritto dell'Unione.



Saggi

L'esame appena svolto mostra inoltre che il ruolo delle Corti regionali nell'attribuzione di un risarcimento in caso di provvedimento ingiusto, o anche sproporzionato, è molto importante: esso costituisce spesso uno dei pochi strumenti cui individui e società possono ricorrere per veder tutelati i propri diritti e ottenere una giusta compensazione in caso di violazione. Per quanto estremamente importante, tuttavia, l'attività delle Corti regionali, alla quale non si affianca un rimedio in sede onusiana, non sembra essere una soluzione sufficiente all'assenza di un meccanismo centralizzato nell'ambito delle Nazioni Unite. Anzi, l'esistenza di un rimedio di cui soltanto una parte dei destinatari delle sanzioni può usufruire, non consente a tutti coloro i quali siano colpiti dai provvedimenti in esame, di poter ricorrere agli stessi strumenti e di avere le stesse opportunità di compensazione.

8. Conclusioni

L'esame svolto nel presente contributo ha inteso mettere in luce la progressiva rilevanza attribuita al problema delle entità e degli individui che siano stati erroneamente destinatari di una *smart sanction*, sulla base di informazioni sbagliate, insufficienti o false. Tale rilevanza, come visto, emerge sia dalla recente prassi del Consiglio di sicurezza, sia dalla giurisprudenza delle Corti europee.

La risoluzione n. 2253 del Consiglio di sicurezza costituisce uno degli esempi più recenti dell'ampia attività onusiana in materia di prevenzione e repressione del terrorismo mediante le *smart sanction* e, allo stesso tempo, costituisce una nuova tappa nel percorso verso una maggiore



Saggi

trasparenza ed equità nell'ambito del procedimento di *listing* e *delisting* di individui e società sospettate di supportare il terrorismo internazionale. Nonostante ciò, la risoluzione in esame non contribuisce a risolvere il problema dell'assenza di rimedi per coloro i quali ritengano di essere stati erroneamente destinatari di una sanzione, il cui unico strumento effettivo per ottenere una compensazione che vada oltre la mera rimozione dalla lista, resta ad oggi il ricorso alle Corti regionali (o nazionali). Queste ultime, in ogni caso, hanno competenza esclusivamente sulle misure adottate a livello regionale e nulla possono nei confronti dei provvedimenti adottati dalle Nazioni Unite.

Come visto, la procedura attiva di fronte al *Focal point* consente agli individui e alle entità inserite nella *ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions List* di entrare in comunicazione con il comitato. Tuttavia, manca un procedimento, sia esso con caratteristiche giurisdizionali o meno, che consenta a chi è stato erroneamente inserito nelle liste nere del Consiglio di sicurezza di ricevere un risarcimento o una compensazione per i danni ingiustamente subiti. Tale danno è da accertare sia in termini materiali – laddove, come emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, tale danno sia sufficientemente provato e collegato alla sanzione subita – sia in termini di danno non patrimoniale, nell'ambito del quale spicca, soprattutto, il danno all'immagine (Ciampi 2007).

In tal senso, dunque, la *delega* della tutela individuale alle Corti regionali non sembra essere una strada risolutiva, sia perché queste ultime non avrebbero competenza a giudicare direttamente su una risoluzione del Consiglio di sicurezza, ma soltanto sulle normative interne di trasposizione della risoluzione (non risolvendo così, il problema alla fonte), sia perché, in questo modo, si creerebbe una ineguaglianza, se non for-



Saggi

male, quantomeno sostanziale, tra coloro i quali hanno accesso alle Corti europee e coloro che invece ne sono esclusi.

Diversi strumenti potrebbero essere adottati per apportare miglioramenti alle difficoltà attuali, ma il problema della compensazione e del risarcimento resta di difficile soluzione.

In primo luogo, una maggiore articolazione della fase *precedente* all'imposizione della sanzione, che dunque si basi sulla revisione della proposta da parte di un organismo indipendente, potrebbe contribuire a ridurre il margine di errore. Questo, tuttavia, comporterebbe una procedura di *listing* più lunga e, di conseguenza, suscettibile di essere meno efficace. In secondo luogo, come già proposto da ampia parte della dottrina, una soluzione alla necessità di rispettare le garanzie procedurali e i diritti fondamentali di individui ed entità inseriti nelle liste, potrebbe essere un tribunale indipendente che, dotato della capacità di emettere decisioni giuridicamente vincolanti, potrebbe disporre anche un risarcimento per chi ha subito un pregiudizio immotivato derivante dall'erroneo inserimento nelle liste (Genser e Barth 2010).

Infine, un primo passo, quanto meno nella direzione di una maggiore regolamentazione del problema, potrebbe essere quello di strutturare e dettagliare in modo più preciso e specifico la procedura di *comunicazione* degli individui erroneamente inseriti nelle *blacklist*, ai sensi delle risoluzioni nn. 2161 e 2253, esplicitando i criteri e le caratteristiche della procedura di fronte al comitato pertinente. L'eccessivo margine di apprezzamento al momento concesso al *Focal point* e al comitato consente soltanto a questi ultimi di rispondere, senza ulteriormente precisare la natura della risposta, né le modalità. Una procedura più chiara di comunicazione con il comitato e il *Focal point*, potrebbe essere uno *step* iniziale



Saggi

verso una maggiore tutela delle entità *wrongfully listed*: tale risultato potrebbe essere raggiunto, ad esempio, partendo da una nuova revisione delle *Guidelines* del comitato, in modo da includervi ulteriori dettagli in relazione ai mezzi e metodi di *gestione* della comunicazione. Non sembra, però, che tale procedura possa consentire la disposizione di un risarcimento del danno che, dunque, resta un problema aperto e di difficile soluzione.



Bibliografia

Bernhardt, R. (2002), *Article 103*, in Simma B., *The Charter of the United Nations: a commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1116-1125.

Bothe, M. (2008), *Security Council's targeted sanctions against presumed terrorists. The need to comply with human rights standards*, in *Journal of International Criminal Justice*, pp. 541-555.

Cha, K., T. Stolz, M. Wammes (2012), *United Nations security council sanctions and the rule of law: ensuring fairness in the listing and de-listing process of individuals and entities subject to sanctions*, in *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, pp. 133-151.

Ciampi, A. (2007), *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano: Giuffrè.

Ciampi, A. (2010 a), *Le garanzie processuali fondamentali dell'Unione europea quale limite all'attuazione di sanzioni del consiglio di sicurezza dopo la sentenza Kadi della Corte di giustizia*, in F. Salerno (cur.), *Sanzioni «individuali» del consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova: Cedam, pp. 105-126.

Ciampi, A. (2010 b), *Un Ombudsperson per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 106-111.

Ciampi, A. (2011), *Security Council targeted sanctions and human rights*, in B. Fassbender (ed.), *Securing human rights? Achievements and challenges of the UN security council*, Oxford: Oxford University Press.

Combacau, J. (1974), *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*, Paris: Pedone.



Saggi

Eckert, S. (2016), *The role of sanctions*, in S. Von Eisiendel, D.M Malone, B. Stagno Ugarte (eds.), *The UN Security Council in the 21st Century*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, pp. 413-441.

Farrall, M. (2007), *United Nations Sanctions and the rule of law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Fassbender, B. (2004), *Th UN security council and international terrorism*, in A. Bianchi (ed.), *Enforcing international law norms against terrorism*, Oxford: Hart Publishing, pp. 83-102.

Friedrichs, G. (2013), *Smart Security Council? Analyzing the effectiveness of targeted sanctions*, Hamburg: Diplomica Verlag GmbH.

Genser, J., K. Barth (2010), *When due process concerns become dangerous: the security council's 1267 regime and the need for reform*, in *Boston College International Comparative Law Review*, pp. 1-43.

Ginsborg, L. (2014), *The United Nations Security Council's counter-terrorism Al-Qaida sanctions regime: Resolution 1267 and the 1267 Committee*, in B. Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 608-625.

Hovell, D. (2016), *The power of process. The value of due process in security council sanctions decision-making*, Oxford: Oxford University Press.

Janik, R. (2012), *Judicial dialogue on the 1267 Smart sanctions regime*, in *Austrian review of international and European law*, pp. 83-116.

Kokott, J. (2012), *The Kadi case – Constitutional core values and international law – finding the balance?*, in *The European Journal of International Law*, pp. 1015-1024.

Larik, J. (2014), *The Kadi Saga as a tale of 'strict observance' of international law: obligations under the UN Charter, targeted sanctions and judicial review in the European Union*, in *Netherlands International Law Review*, pp. 23-42.



Saggi

Lopez, G.A. (2012), *In defense of Smart Sanctions: a response to Joy Gordon*, in *Ethics & International Affairs*, pp. 135-146.

Lugato, M. (2012), *Diritto alla tutela giurisdizionale, sanzioni individuali contro il terrorismo internazionale e giudici dell'Unione Europea*, in *La legislazione penale*, pp. 415-438.

Marossi, A.Z., M.R. Bassett M. R. (2015), eds., *Economic sanctions under international law*, The Hague: Asser Press.

Portela, C. (2016), *Are European Union sanctions "targeted"?*, in *Cambridge Review of International Affairs*, pp. 1-18.

Salerno, F. (2010), *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, in Id. (cur.), *Sanzioni «individuali» del consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova: Cedam, pp. 161-192.

Shaygan, F. (2008), *La compatibilité des sanctions économiques du Conseil de sécurité avec les droits de l'homme et le droit international humanitaire*, Bruxelles: Bruylant.

Svoboda, P. (2012), *Sison III: EU non-contractual liability for damages and the so-called smart sanction*, in *The Lawyer Quarterly*, pp. 341-350.

Talmon, S. (2005), *The security council as a world legislature*, in *The American Journal of International Law*, pp. 175-193.

Van den Broek, M., M. Hazelhorst, W. de Zanger (2010), *Asset Freezing: Smart Sanction or Criminal Charge?*, in Merkourios, *Utrecht Journal of International and European Law*, pp. 18-27.

Van Den Herik, L. (2007), *The Security Council's targeted sanctions regime: in need of better protection of the individual*, in *Leiden Journal of International Law*, pp. 797-807.



Saggi

White, N. (2011), *Institutional responsibility for private military and security contractors*, in F. Francioni, N. Ronzitti (eds.), *War by contract: human rights, humanitarian law and private contractors*, Oxford: Oxford University Press, pp. 381-395.

Willis, G. L. (2010-2011), *Security council targeted sanctions, due process and the 1267 ombudsperson*, in *Georgetown Journal of International Law*, pp. 675-745.



Abstract

Between Fundamental Rights and Smart Sanctions: the Interesting Case of Wrongfully Listed Individuals and Societies

As per article 41 of the United Nations Charter, the Security Council may adopt sanctions to prevent States or individuals and entities from threatening international peace and security. States and regional organizations, such as the European Union, may as well adopt unilateral sanctions. The frequent use of targeted sanctions, especially in the fight against terrorism, has caused progressive concerns of potential human rights abuses, especially violations of the principle of due process. One of the least analysed topics, in this context, is the problem of wrongfully listed individuals and entities, and their right to a fair compensation for the damage suffered. This issue has become the object of an evolutionary jurisprudence of European courts. Furthermore, the Security Council has recently adopted resolution no. 2253, which specifically analyses, for the first time, the issue of wrongfully listed individuals and entities.

Keywords: Smart sanctions, blacklists, European Union, Security Council, wrongful listing.



Sicurezza e libertà: margini e orizzonti di (buon) senso, con uno sguardo comparato *

di Gabriele Maestri **

1. Introduzione

Il rapporto tra sicurezza e libertà si pone di certo come decisamente delicato – non a caso si è parlato, in modo autorevole, di «difficile convivenza» (De Vergottini 2004) – quale che sia il punto di vista che si voglia adottare. A ben riflettere, infatti, sicurezza e libertà sono due valori – anche se,

* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento conclusivo della prima giornata del workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo su invito. L'autore ringrazia Raffaella Leonardi, educatrice interculturale di Guastalla (Re), per le sollecitazioni fornite e l'instancabile confronto con ragazzi e ragazze (alcuni dei quali hanno indirettamente contribuito a questo testo) che si sono trovati in Italia quando avevano pochi anni e, con il tempo e il proprio impegno, lavorano giorno per giorno per sentirla come Paese (anche) loro, essendo a pieno titolo "con" gli altri senza che si debba essere "come" gli altri.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate; dottorando in Scienze politiche – Studi di Genere presso l'Università degli Studi Roma Tre.



Saggi

sull'uso di questo termine, si troverebbe poco d'accordo Zagrebelsky (1992), preferendo parlare piuttosto di «principî» – o, se si preferisce, due concetti che hanno alla base esigenze profonde dell'essere umano.

Alla base della sicurezza c'è il desiderio di vedere la propria vita e la propria “sfera personalissima” intatte, senza che siano compromesse o subiscano intrusioni da parte di chiunque. Al fondo della libertà – intesa in senso lato – c'è invece il bisogno di avere certezza di poter vivere il quotidiano e agire indisturbati come persone, prima che come cittadini (facendo prevalere, guardando alla nostra Costituzione, quanto è consacrato dall'art. 2 rispetto a ciò che è sancito dall'art. 3, che sul precedente si fonda: Occhiocupo 1995, 32 ss., spec. 75 ss.), senza che lo Stato o altre forme di potere si ritengano in diritto d'intervenire indebitamente.

La delicatezza di questo rapporto aumenta e si fa più manifesta se solo si considera che sicurezza e libertà si ritrovano, in qualche modo, alla base anche delle due più note e studiate dottrine filosofiche in ambito giusnaturalista. Il fine dell'obbedienza degli individui-sudditi al sovrano, infatti, «è la protezione» per Hobbes (1989, 185 - XXI), per cui alla radice di ogni modello giuridico c'è almeno la «volontà [...] degli individui (contrattuale) di conservare la vita» (Palombella 1996, 38), dunque la sicurezza – intesa in senso etimologico, come mancanza di preoccupazioni (*sine cura*) o, se si vuole, «paura della paura» (Filoni 2014, 110; v. anche Cavalletti 2005, 58 ss.) – sulla conservazione di tale “sfera personalissima”. Per contro, il concetto di libertà è centrale nel pensiero di Locke, per il quale le leggi che gli uomini si danno hanno il compito sostanziale di “tradurre” le leggi naturali e sono da concepire come strumento per «preservare ed estendere la libertà» (Locke 1960, 348; cfr. Azzariti 2010, 328 ss.), a partire ovviamente – volendo estendere il discorso



Saggi

– da tutte quelle che noi oggi chiamiamo libertà “negative” o “dallo Stato”.

Pensando anche solo a questi rapidi – e certamente incompleti – riferimenti giusfilosofici, risulta chiaro che è del tutto inappropriato un approccio al binomio conflittuale sicurezza-libertà che tenda solo (o soprattutto) alla semplificazione del quadro, del contesto in cui esso si colloca. Semplificare, infatti, in fondo significa togliere elementi a una composizione complessa e dall’equilibrio precario: ogni informazione, ogni particolare (vale a dire ogni esigenza, preoccupazione, istanza, bisogno, ...) che si toglie dalla composizione generale, anche volendolo fare con le migliori intenzioni – quali, ad esempio, cercare di rendere più comprensibile una situazione anche a chi non la conosce a fondo – rischia seriamente di compromettere la stabilità di quello stesso quadro, potendo far bruscamente (e magari immotivatamente) prevalere le ragioni di una o dell’altra parte agli occhi di chi osserva, legge o ascolta e, magari, vorrebbe semplicemente capire meglio e non essere convinto da una tesi.

La questione, già delicata di per sé, lo diventa ancora di più qualora s’innesti quel binomio conflittuale in un contesto pluriculturale, in cui dunque si moltiplicano i punti e i motivi di frazione: alcuni individui possono sentire la propria sicurezza minacciata da credenze, comportamenti e atteggiamenti di altri soggetti, i quali a loro volta vorrebbero poter manifestare tutto ciò (che faccia parte o meno della propria cultura) in piena libertà. Si rifletterà più avanti su questo punto, dando alla questione un taglio tanto teorico quanto pratico, con uno sguardo anche ad altre realtà nazionali.



2. (Meglio) prevedere o non prevedere?

Poste queste premesse, è inevitabile che il binomio sicurezza-libertà venga studiato in chiave necessariamente concreta, soprattutto con riguardo a situazioni “limite” o che a esse si avvicinano. Situazioni, in particolare, in cui uno o più eventi (o, volendo, determinate condizioni di fondo) fanno sorgere o accentuare una sensazione d’insicurezza che richiederebbe delle risposte, con la consapevolezza però che dette azioni di risposta finirebbero inevitabilmente per comprimere o compromettere una o più libertà individuali o collettive: per questo, la scelta sull’*an* e sul *quomodo* dell’azione è inevitabilmente di natura politica (Battistelli 2016, XI).

Si qualifica come scelta politica anche quella sull’opportunità di regolare o meno situazioni etichettabili, in senso lato, come “stato di emergenza”. Con quest’espressione intendo riferirmi a condizioni chiaramente straordinarie – nel senso etimologico di “fuori della norma” (*extra ordinem*) – nelle quali la sicurezza dello Stato e dei suoi cittadini è messa in tutto o in parte a rischio da una minaccia, quale che sia la sua natura: può trattarsi di atti terroristici (di matrice interna o esterna, ma pur sempre con effetti entro i confini nazionali), di pericoli per la salute pubblica, di disordini interni o di altri turbamenti alla sicurezza. A dispetto della loro varietà, peraltro, queste ipotesi hanno in comune il fatto che la loro (potenziale) risoluzione richiederebbe misure che finirebbero per sospendere, ledere o comprimere diritti e libertà dei singoli o delle formazioni sociali.

La scelta di cui parlavo, in realtà, non è tanto tra il prendere o non prendere certi provvedimenti “in fase acuta”, dopo che la minaccia si è



Saggi

fatta concreta e ha richiesto una (re)azione da parte dell'ordinamento. Mi riferisco piuttosto all'opportunità di *prevedere o non prevedere* in anticipo –ben prima che determinati fatti si verifichino – quale possa o debba essere la risposta di uno Stato in caso di minacce e situazioni non ordinarie. Il problema, individuabile con un po' di attenzione da ciascun cittadino, per un giurista si traduce essenzialmente nel «dilemma» – riprendendo l'espressione utilizzata da Laura Lorello (2017) come spunto introduttivo e *fil rouge* di questo workshop – tra *scrivere o non scrivere* le norme che regolano, soprattutto in senso procedurale, la risposta di un ordinamento in quei frangenti.

Ciascuna delle due opzioni, ovviamente, ha i suoi lati positivi e negativi. Non codificare in una disposizione scritta (e, a monte, non prevedere) quale potrà essere la risposta dell'ordinamento in situazioni considerabili “di emergenza” non mette a disposizione di chi detiene il potere in un determinato frangente uno strumento per compiere potenziali abusi a proprio favore e a danno di chi si trova in disaccordo. Si ha buon gioco a pensare alla discussione in seno all'Assemblea costituente italiana, quando non si volle prevedere nulla in Costituzione circa la dichiarazione dello stato di pericolo pubblico – permettendo a una parte significativa della dottrina di ritenere che la sospensione dei diritti di libertà fosse in contraddizione con il concetto di democrazia (Buscema 2017) – e questo, probabilmente, fu fatto anche per non preparare una “pistola carica”, a disposizione delle maggioranze uscite dalle urne nella nuova era repubblicana per accentrare ulteriore potere e reprimere il dissenso.

È altrettanto vero, tuttavia, che le situazioni *extra ordinem* – per quanto indesiderabili – possono comunque capitare e occorre in qualche modo far fronte a esse: in quei casi, alla domanda di sicurezza le istituzioni,



Saggi

non disponendo di previsioni *ad hoc*, cercheranno di rispondere con gli strumenti a loro disposizione, anche quando non sono del tutto adatti allo scopo (al punto tale che rischiano di subire una torsione di significato, di finire snaturati) e anche se possono dimostrarsi particolarmente invasivi sul terreno dei diritti e delle libertà¹. Si pensi, in Italia, all'uso per nulla limitato dei decreti-legge a fini securitari (Trogu 2017) e alla discussione in dottrina sul possibile impiego della decretazione d'urgenza (anche) per derogare alle disposizioni costituzionali in materia di diritti (Buscema 2017). Proprio la possibilità per chi detiene il potere esecutivo di emanare atti con forza di legge, magari dall'immediata entrata in vigore, può rappresentare l'occasione per cercare di limitare i diritti riconosciuti a livello costituzionale, andando magari oltre ciò che appare strettamente indispensabile, sostenendo che invece si tratti di dare risposte alle richieste di sicurezza dei cittadini: al fondo del ragionamento sta il meccanismo, purtroppo ampiamente sperimentato, per cui «la paura costante [...] rende il cittadino disponibile a subire perdite di diritti che riterrebbe diversamente odiose e, come tali, insostenibili» (De Minico 2016, 3), mascherando dunque col velo della necessità ciò che, in altre condizioni, sarebbe percepito come un abuso².

¹ Per un'analisi in chiave comparata di queste "deroghe con strumenti ordinari", si veda il lavoro documentato di De Vergottini (2004, 1191 ss.).

² Gemma (1997, 109-113) mette però da tempo in guardia dall'idea che «il potere pubblico – meglio statuale – [sia] il soggetto costituzionalmente più pericoloso, cioè [sia] il maggiore fattore di lesione, di violazione dei diritti di libertà», per cui quei diritti si garantiscono al meglio limitando al massimo la potestà coercitiva dello Stato. L'autore fa le sue riflessioni soprattutto in ambito penalistico, essenzialmente per enunciare una propria teoria relativamente alla criminalità organizzata (come soggetto assai più perico-



Saggi

Una logica simile, peraltro, si è riprodotta a livello comunale dal 2008 per alcuni anni, dopo la riforma – attuata, guarda caso, mediante il c.d. “decreto sicurezza”, d.l. n. 92/2008³ – dell’art 54 del Testo unico degli enti locali che aveva notevolmente ampliato i poteri di ordinanza dei sindaci: in particolare, era stato stabilito che costoro potessero adottare «provvedimenti *anche* contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Sono note le polemiche seguite a tale innovazione normativa che attribuiva, di fatto, ai primi cittadini un potere di ordinanza anche “ordinario” (oltre che straordinario, com’era stato anche in passato) e che aveva prodotto nel giro di poco tempo una «lunga serie di ordinanze sindacali» sui temi più disparati, riconducibili in vario modo all’ambito della «sicurezza urbana» (Pirozzoli 2011; Mondino 2015, spec. 84-96; per le ordinanze viste anche in chiave comparata v. Selmini 2013). È stato necessario l’intervento della Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 115/2011, per rimuovere dalla disposizione la parola «anche» e riportare i poteri dei sindaci nell’alveo ristretto dei provvedimenti realmente emergenziali e straordinari, nel pieno rispetto del principio di legalità e della riserva di legge (Iacovone 2012; Bellavista 2013; Manfredi 2013; Giupponi 2013; Bova 2013).

loso dello Stato e del suo potere per l’integrità e la sopravvivenza dei diritti); le stesse argomentazioni, tuttavia, potrebbero ben essere estese anche ad altri ambiti.

³ A onor del vero, il riferimento alla possibilità di emettere provvedimenti «anche» contingibili e urgenti fu aggiunto in sede di conversione del d.l. n. 92/2008, dunque nel corso della discussione della futura legge n. 125/2008.



Saggi

Tornando alle due opzioni di cui si parlava prima, l'alternativa alla mancata previsione di strumenti e percorsi d'azione in caso di situazioni *extra ordinem* è appunto il prevedere in anticipo – e per iscritto – la risposta dell'ordinamento a situazioni e minacce straordinarie. È vero che, in quest'ipotesi, si finisce per legittimare una qualche forma non ordinaria di intervento, che nei timori di qualcuno potrebbe anche “andare oltre” e sbilanciare il rapporto tra sicurezza e libertà in modo decisamente favorevole alla prima, per di più “con la benedizione” dell'ordinamento; a limitare queste paure, tuttavia, dovrebbe provvedere il fatto che proprio la previsione di strumenti stra-ordinari finisce per porre dei limiti a questi, per arginarli e “incanalarli”, se non altro per la previsione di procedimenti *ad hoc* (con il necessario intervento dell'istituzione parlamentare-rappresentativa) perché si arrivi a uno stato di eccezione. Di più, si è sottolineato che la stessa dichiarazione di quello stato, come risultato finale dei procedimenti ricordati, fungerebbe da «notifica ai soggetti che in qualche modo potrebbero risentire del mutamento di regime intervenuto» (De Vergottini 2004, 1189), dunque costituirebbe un ulteriore elemento di chiarezza, nella delicatezza della situazione.

Da questo punto di vista, rileva innanzitutto la presenza di clausole di deroga previste all'interno dei trattati stipulati al fine di proteggere i diritti umani: come messo significativamente in luce da Salerno (2017, 111), se quegli accordi internazionali riconoscono comunque la possibilità che in certe condizioni possa essere a rischio l'esistenza stessa di uno Stato parte e in quei casi si ritenga giustificabile derogare alle previsioni dei trattati, è cosa buona che si conosca in anticipo la possibilità di queste misure speciali in tempo di emergenza, stabilendo nel contempo dei limiti invalicabili a queste azioni e sottoponendo gli Stati deroganti



Saggi

all'obbligo di giustificare quegli interventi ai fini della salvezza dello Stato stesso e non per il perseguimento dei propri interessi.

Quanto alle realtà nazionali, il caso spagnolo, espressamente trattato in questo workshop (Lo Presti 2017), rappresenta molto bene l'ipotesi di previsione – con largo anticipo – degli “stati di eccezione” (globalmente considerati) anche mediante norme costituzionali, considerando pure la sostanziale “unicità” di disposizioni come quelle nel panorama costituzionale comparato (De Vergottini 2004, 1188). Gli artt. 116 (relativo agli stati di allarme, eccezione e assedio, di portata generale) e 55 (la sospensione individualizzata di determinati diritti per persone legate a indagini su bande armate ed elementi terroristi) della Costituzione spagnola prevedono in astratto strumenti di chiara matrice *extra ordinem*, il cui contenuto è inevitabilmente precisato da fonti di rango inferiore⁴, ma che già nel testo costituzionale prevedono alcune indicazioni nette e inderogabili sul procedimento, che coinvolge sempre l'istituzione parlamentare (e, nel caso della sospensione di diritti, prevede anche «il necessario intervento giudiziario»).

Anche un'impostazione di questo tipo, naturalmente, può avere dei punti deboli: sempre l'esempio spagnolo torna utile per notare che, come messo ben in luce da Lo Presti (2017, 136), di fatto parte della stessa disciplina costituzionale, in particolare quella dedicata alla sospensione dei diritti per fatti di terrorismo (e quella attuativa delle norme costitu-

⁴ Il riferimento, in particolare, è alla legge organica n. 4/1981 (per quanto riguarda gli stati d'allarme, eccezione e assedio) e alle numerose leggi organiche che dal 1978 al 1988 sono intervenute a regolare – per la verità in modo piuttosto frammentato – la sospensione individualizzata dei diritti per ragioni di terrorismo (Lo Presti 2017, 145).



Saggi

zionali) appare «“cucita” a misura di un soggetto ben preciso» (Eta in questo caso). In casi come questi, anche la scelta di prevedere le risposte dell’ordinamento può dimostrarsi poco efficace nel momento in cui gli strumenti messi a disposizione appaiono inadeguati ad affrontare minacce diverse da quelle che hanno ispirato le norme in esame.

Anche l’approccio più diffuso – quello che sceglie di non prevedere e di non formalizzare regimi eccezionali, derogatori alla Costituzione – non è comunque esente da problemi: proprio l’assenza di strumenti *ad hoc* per l’emergenza impone che ci si interroghi con una certa serietà – sperando, ovviamente, che le riflessioni restino senza applicazioni – su come uno Stato potrebbe comunque affrontare un’emergenza con gli strumenti che ha, avendo sempre come argini della sua azione le norme costituzionali. Individuare soluzioni adeguate non è un’operazione banale e non è un caso che la dottrina non appaia compatta nel trovare quella più accettabile⁵: diventa

⁵ Per esempio, ancora con riferimento all’esperienza italiana, Buscema (2017, 53 ss.) – dopo aver rilevato che per autorevole dottrina la dichiarazione dello stato di guerra richiede «il concorso dei tre organi costituzionali caratterizzanti il particolare assetto politico/costituzionale di ispirazione democratica dell’ordinamento» e dunque è rispettoso dei valori di fondo del costituzionalismo moderno, ma non è una strada percorribile quando la minaccia alla sicurezza sia soltanto interna– si domanda se l’esigenza di reagire a un atto terroristico o a una catena di atti simili crei non solo le condizioni per l’esercizio legittimo della decretazione d’urgenza (il che è sostanzialmente accettato da tutti), ma possa consentire anche di dettare norme che contrastino con principi fissati in Costituzione, di fatto sospendendoli per il tempo di durata dello stato di crisi. Finiscono per non risultare pienamente convincenti né la tesi che ritiene sufficiente la legge ordinaria di conversione per “sanare” tutto (creando una categoria, quella dei “decreti con forza costituzionale”, non prevista nella Carta, ma giustificata da una fonte – la necessità – che prevale sulla legge), né quella che richiede la conversione con legge costituzionale *ex*



chiaro, a questo punto, che affidarsi a tutte le disposizioni scritte non basta più e occorre andare oltre o, se si preferisce, a ciò che sta “a monte”.

3. Questioni di “margine” e di (buon) senso

Nello studio del binomio conflittuale sicurezza-libertà, sembra particolarmente appropriato richiamare il concetto di “margine”: il sostantivo, in questo caso, è da intendersi con un doppio significato. Il primo è quello di «parte estrema», assimilabile al confine: inteso in quel senso, il “margine” si presenta particolarmente labile e delicato, proprio perché è difficile tracciarlo in modo definitivo e stabile, è soggetto a sollecitazioni che portano a modellare il percorso e, nei casi *extra ordinem* di cui ci stiamo occupando, non mancano eventi che improvvisamente ne mettono in discussione la posizione e la stessa sopravvivenza (con un’evidente spinta a dare maggiore spazio alla sicurezza). Così, certi comportamenti o certe scelte dei governanti possono facilmente essere identificati come “sul margine” (sarei tentato di dire *borderline*, se l’uso diverso che normalmente si fa di questa parola non potesse produrre qualche equivoco di troppo), a rischio cioè di valicare il confine tra tutela della sicurezza e tutela dei diritti e delle libertà.

Il secondo significato è però ancora più rilevante: mi riferisco al margine come «spazio, ambito disponibile per qualcosa» (così recita l’ultima definizione dello *Zingarelli*): dovendo tradurre il concetto nelle questioni di cui ci

art. 138 Cost. (un sistema formalmente e valorialmente ineccepibile, ma contrario allo spirito dell’art. 77 Cost. e sacrificando la tempestività necessaria in caso di emergenza).



Saggi

stiamo occupando, potremmo indicarlo come spazio rimesso all'apprezzamento e – non di rado – alla discrezionalità dei decisori. Proprio la mancanza di regole preordinate per far fronte a minacce e situazioni *extra ordinem* provoca la necessità per i soggetti investiti del potere di prendere comunque posizione e scegliere quali strumenti – tra quelli comunque disponibili – utilizzare. Quel margine di apprezzamento, peraltro, finisce per coinvolgere anche studiosi e commentatori, non chiamati a decidere ma certamente a dare la loro valutazione sulle soluzioni da adottare e su quelle effettivamente adottate; il fatto che non esistano strategie univoche è alla base della non omogeneità del giudizio della dottrina.

Vari degli argomenti trattati qui, a ben guardare, hanno chiamato in causa il concetto di margine. È il caso, ad esempio, della giurisprudenza della Corte Edu in materia di applicazione dell'art. 15 Cedu (Salerno 2017, 119). Da una parte, infatti, i giudici riconoscono al singolo Stato parte un margine di discrezionalità, tanto per valutare se esista uno stato di emergenza, quanto per decidere quali siano le misure di risposta più adeguate (*proportionate*): si tratta, a ben guardare, di una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, ritenendo che gli Stati – dando per presupposto che questi siano fondati su valori quali la democrazia e la tutela dei diritti – siano in una posizione migliore per compiere queste valutazioni rispetto a qualunque organo convenzionale, proprio perché conoscono più da vicino la situazione; agli Stati, insomma, tocca garantire i diritti (a costo di dover sospendere alcune disposizioni Cedu per arrivare a garantire la sopravvivenza dello Stato e il successivo ripristino di una situazione ottimale di tutela), mentre alla Corte spetta un ruolo di vigilanza e supervisione sul rispetto della Cedu. Non sfugge, peraltro, che rimettere la (prima) valutazione sull'esistenza di condizioni di emergenza allo Stato significa affidarla a un soggetto che è



Saggi

“parte in causa” e, inevitabilmente, ha tutto l’interesse a difendere se stesso; un controllo più obiettivo sull’effettiva rispondenza dell’azione statale a quanto previsto dalla Convenzione, dunque, è rimandato a un momento successivo (e certamente, anche in quell’occasione, lo Stato parte difenderà la bontà delle proprie decisioni).

Un altro significativo margine di apprezzamento è stato richiamato di nuovo con riguardo all’esperienza spagnola, in particolare a proposito della fattispecie e del procedimento di *ilegalización* dei partiti politici, introdotta a seguito della *Ley Orgánica* sui partiti 6/2002 (Lo Presti 2017, 150 ss.). Va premesso che il margine e la discrezionalità avrebbero potuto essere decisamente più marcati se fosse stato ricompreso nel controllo di democraticità anche un giudizio di legittimità “in astratto” sui programmi o degli obiettivi dei partiti stessi (opzione che poi il legislatore, sulla scorta di varie polemiche, ha poi escluso); lo *spatium decidendi* è comunque significativo con riguardo alle attività e condotte che possono portare alla dichiarazione di illegittimità – e al conseguente scioglimento, sia pure dopo un’apposita decisione del *Tribunal Supremo* – così come enumerate dall’art. 9, par. 2.

Benché in dottrina si sottolinei che lo scioglimento sia un intervento volto «a garantire il corretto svolgimento del processo democratico» (da ultimo Bonfiglio 2015 a, 20) e lo stesso *Tribunal constitucional*, su ricorso del governo basco, abbia ritenuto – con la sentenza n. 48/2003 – la disposizione legittima, proprio perché la valutazione di tale “illecito costituzionale” poggia sull’esame di condotte concrete e non di semplici finalità astratte (Buratti 2003), non sembrano essersi dissipate del tutto le perplessità della dottrina nei confronti della previsione dell’art. 9, par. 3, che enumera le condotte la cui ripetizione o accumulazione rivela un legame con organizzazioni terroristiche (Cherchi 2003, 872, pur se in senso dubitativo). Pur nel rispetto di



Saggi

quanto affermato dal Tribunale costituzionale, che ha sostanzialmente “salvato” la previsione dell’appoggio tacito al terrorismo sottolineando che non c’è alcun riferimento a programmi o agli ideali seguiti dal singolo partito, non può sfuggire la delicatezza di una fattispecie sostanzialmente omissiva: non si è certo in ambito penalistico (nel qual caso, forse, la valutazione del *Tribunal constitucional* avrebbe potuto avere segno diverso) e l’accertamento della strumentalità tra attività del partito e attività terroristiche spetta comunque a un collegio giudicante autorevole, ma è evidente che anche solo la possibilità che il Governo o il Pubblico ministero promuovano un procedimento contro un partito, con un inevitabile effetto mediatico negativo, sulla base di semplici condotte (peraltro con una certa confusione tra comportamenti dei singoli e condotte del partito) dovrebbe indurre a valutare l’ipotesi con una certa cautela.

Ora, al di là della specificità del caso spagnolo in materia di partiti politici – visto che, come è stato detto e come è facile verificare, coloro che hanno proposto e sostenuto la legge organica 6/2002 volevano chiaramente arrivare piuttosto in fretta allo scioglimento di Batasuna e degli altri partiti da tempo accusati di essere il “braccio politico” dell’organizzazione terroristica Eta... e ci sono riusciti in tempi effettivamente ridotti – sembra il caso di riconoscere che proprio l’esistenza dei margini di cui si è detto fin qui impone da parte di tutti un grande esercizio di *buon senso*. Un parametro che non sta scritto nelle costituzioni e nelle leggi (e, forse, ci mancherebbe soltanto questo...), ma che non dovrebbe essere assente nell’applicazione delle stesse ai casi concreti; dovrebbe essere, anzi, di comune e pacifica accettazione, molto più – per intendersi – del logoro e del tutto inattuale concetto della «diligenza del buon padre di famiglia», dall’evidente matrice romanistica



Saggi

ma – anche a causa della traduzione – divenuto ormai antistorico e fastidiosamente rivolto al passato.

Occorre buon senso, si diceva, ogni volta che si prevede qualcosa in astratto e si deve passare al livello concreto. Ciò, volendo, è implicito nel momento in cui – come è ben noto anche ai giuristi meno appassionati alle riflessioni teoriche – si viene educati a distinguere, fin dallo studio dell'art. 12 delle «Disposizioni sulla legge in generale», la *disposizione* (dunque il testo normativo) dalla *norma* (vale a dire la lettura, l'interpretazione che di quel testo si dà): il buon senso è quello che emerge dall'articolo citato nel dettare i criteri ermeneutici da seguire (quello letterale, che chiede di attenersi al «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» e quello finalistico, che – in subordine – si appoggia alla «intenzione del legislatore»); volendo, il buon senso – unito a una grande dose di prudenza, anzi, etimologicamente di *prudentia* – dovrebbe valere anche di più per quanto previsto dall'art. 12, comma 2 delle preleggi, il quale prevede, in mancanza di disposizioni in cui far rientrare un caso al centro di una controversia (nemmeno con un'interpretazione estensiva di un testo esistente), lo strumento dell'applicazione analogica di «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» (*analogia legis*) o addirittura, in caso di ulteriori dubbi, dell'applicazione dei «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (*analogia iuris*). Più ci si allontana dal testo scritto, insomma, più in tutti gli interpreti e – in particolare – nei decisori occorrono *prudentia* e buon senso, ammesso che questi non siano una sorta di endiadi, come due facce di una stessa medaglia.

Non stupisce allora che – per riprendere gli esempi fatti sin qui – sia da invocare il buon senso per chi si trova a dover far fronte a uno stato di crisi o di emergenza senza che siano stati approntati preventivamente strumenti



e procedimenti *ad hoc*, per chi deve scegliere se avvalersi di una deroga esplicita alle disposizioni di un trattato sui diritti per assicurare la sopravvivenza dello Stato (buon senso da utilizzare sia nel decidere se la situazione rientri nella fattispecie in cui è ammessa la deroga, sia nel considerare quali diritti sospendere) e per chi è chiamato a valutare se chiedere o sentenziare la messa fuorilegge di un partito sulla base di determinati comportamenti concreti.

L'esercizio del buon senso è richiesto anche per il fatto che, in situazioni come queste, è chiaro il bilanciamento tra istanze (generali o particolari) di sicurezza da considerare e diritti (individuali o collettivi) da tutelare. Il sacrificio almeno parziale delle une o degli altri è pressoché inevitabile, ma non può – *rectius*: non dovrebbe – mai trasformarsi in sacrificio irragionevole o, volendo utilizzare un parametro quasi numerico, sproporzionato. Proprio il concetto di ragionevolezza può essere una delle traduzioni giuridiche più appropriate di quello che, nell'esperienza quotidiana – quella che non di rado si presenta come “brodo di coltura” delle sensazioni di insicurezza e delle conseguenti domande di sicurezza – è chiamato “buon senso”.

4. Un caso pratico, tra veli e burkini: uno sguardo alla Francia (e a casa nostra)

Parlare di “buon senso” in ambito giuridico, anche se per qualcuno può apparire poco opportuno dare ingresso a un parametro “atecnico”, può essere utilmente provocatorio nel momento in cui, tra l'altro, si costringe l'interprete di una disposizione a interrogarsi su quale sia *il reale orizzonte di senso* (cioè a cosa tenda o debba tendere davvero) di una previsione norma-



Saggi

tiva cui il legislatore dia un significato, ben diverso – se non addirittura confliggente – rispetto a quello attribuitole da chi se la vede applicare.

Un esempio recente, peraltro con una rilevante storia alle spalle, risulta emblematico da questo punto di vista. Le pagine di cronaca dell'estate scorsa sono state invase (infestate, sarei tentato di dire) da un profluvio di pezzi dedicati all'uso del *burkini*, particolare tipo di costume da bagno che del corpo lascia scoperti solo viso, mani e piedi. Capi di abbigliamento simili (e con nomi diversi) sono comparsi da molto tempo, già dalla metà degli anni '90 e, con più frequenza e diffusione, dall'inizio del secolo attuale; quello che ora è noto come *burkini* o *burqini* – brevettato dalla stilista australiana di madre libanese Aheda Zanetti – circola da almeno una decina d'anni.

Già nel 2009, a dire il vero, si era assistito all'emissione di alcune ordinanze – evidentemente successive alla ricordata riforma dell'art. 54 Tuel e precedenti alla sentenza n. 115/2011 della Consulta – contrarie all'uso del più noto *burqa*, e una che bandiva il porto del capo di balneazione sopra ricordato⁶: tali provvedimenti avevano già destato un certo scalpore, avvian-

⁶ Merita di essere ricordato che il caso scoppiò a Varallo, comune della Valsesia, in provincia di Vercelli: a emettere l'ordinanza fu il sindaco allora in carica, Gianluca Buonanno, in quel momento anche deputato della Lega Nord e non certo sconosciuto alle cronache politiche (precedenti e soprattutto successive) per uscite e *boutade* decisamente provocatorie. In quell'occasione il provvedimento fu dettato da «motivi di carattere igienico-sanitario, nonché di decoro e di tutela della serenità dei bagnanti, soprattutto dei più piccoli». In senso nettamente critico nei confronti dell'ordinanza si espresse l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali (Unar): le osservazioni si possono leggere alla pagina http://www.unar.it/unar/portal/wp-content/uploads/2013/11/Divieto_uso_del_Burkini_-_Ordinanza_n._992009_Comune_di_Varallo_Sesia.pdf.

Sulla vicenda si sarebbe poi espresso Trib. Torino, sez. I civ., (ord.) 14 aprile 2014; la decisione ha un rilievo limitato, perché in corso di giudizio il comune aveva revocato



Saggi

do un primo dibattito di natura giuridica (Lorenzetti 2010), che aveva messo in luce fin da allora come quella decisione fosse discriminatoria, ledendo tanto la libertà personale quanto quella religiosa, senza contare che provvedimenti di quel tipo (comprese le ordinanze anti-*burqa*) di fatto introducevano una discriminazione fondata sul genere.

Quasi del tutto dimentichi di quel precedente – rievocato sulla stampa a tempo debito – gli italiani si sono puntualmente allarmati quando i *media* hanno fatto sapere che i sindaci di alcune località balneari francesi, a partire dal noto comune di Cannes, tra la fine di luglio e l’inizio di agosto avevano emesso ordinanze in base alle quali indossare tenute da spiaggia che ostentassero un’appartenenza religiosa sarebbe stato considerato potenzialmente foriero di rischi di turbe dell’ordine pubblico, essendo in quel momento la Francia e i suoi luoghi di culto «bersaglio di attacchi terroristici»: ciò era stato ritenuto sufficiente per impedire l’accesso alla spiaggia e il nuoto a chi

l’ordinanza n. 99/2009 sostituendola con un nuovo provvedimento ritenuto non discriminatorio, ma il giudice ha comunque riconosciuto – al di là delle questioni processuali legate alla legittimazione delle parti – che la prima ordinanza «discriminava l’utilizzo di un costume da bagno, sostanzialmente corrispondente (tranne che per il materiale di fabbricazione) ad una muta da subacqueo (certamente mai vietata nelle strutture finalizzate alla balneazione), adottato espressamente da alcune credenti di religione islamica» e che i cartelli inizialmente affissi a norma di quell’ordinanza (in cui erano sbarrate con una croce le raffigurazioni di donne con *niqab* e *burqa*, consentendosi invece l’*hijab*, e si vietava anche l’attività «a “vu’ cumpra” e mendicanti») «erano certamente (e fortemente) discriminatori perché il divieto che dal cartello promanava veniva radicato tramite la focalizzazione del messaggio (tra l’altro, dai forti contenuti anche nelle immagini figurative) soprattutto sulle minoranze femminili ed islamiche; divieto reso ancor più tagliente dall’utilizzo improprio del simbolo del divieto di sosta (riferito a tutte le condotte vietate) che l’art.158 del Codice della Strada prevede per i veicoli e non per gli esseri umani».



Saggi

non fosse stato vestito «in modo adeguato, rispettoso del buon costume e della laicità, delle regole d'igiene e della sicurezza dei bagnanti [...]»⁷.

È probabile che una parte significativa degli italiani non fosse particolarmente informata della situazione francese, improntata da molto tempo a un modello assimilazionista, che richiede a tutti – cittadini e aspiranti tali – l'adesione ai valori di fondo dell'ordinamento costituzionale, laicità *in primis*; lo stesso approccio concepisce un unico modello astratto di "cittadino", privo di tratti identitari (se non, paradossalmente, l'essere francese) e distingue nettamente la sfera privata (in cui rientra pure il fenomeno religioso) da quella pubblica (Cerrina Feroni 2015, 7-8).

Proprio in quel contesto, già a partire dalla "legge sulla laicità" (n. 2004-228) ispirata dall'allora presidente Jacques Chirac si era iniziato a discutere della questione del velo (inteso anche solo come *hijab*, quale uno dei «segni o abiti con i quali gli alunni manifestano ostensibilmente un'appartenenza religiosa», accanto ovviamente ad altri capi come la *kippah* e, probabilmente, le croci molto vistose) proibito nelle scuole; si comprese

⁷ La citazione è tratta dall'*arrêté* del sindaco di Cannes David Lisnard, del 28 luglio 2016. Di seguito si riporta il testo diffuso dalle agenzie francesi: «Une tenue de plage manifestant de manière ostentatoire une appartenance religieuse, alors que la France et les lieux de culte religieux sont actuellement la cible d'attaques terroristes, est de nature à créer des risques de troubles à l'ordre public (attroupements, échauffourées, etc.) qu'il est nécessaire de prévenir. [...] L'accès aux plages et à la baignade est interdit à compter de la signature du présent arrêté jusqu'au 31 août 2016 à toute personne n'ayant pas une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et de la laïcité, respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. [...] Le port de vêtements pendant la baignade ayant une connotation contraire à ces principes est également interdit. [...] Toute infraction fera l'objet d'un procès-verbal et sera punie de l'amende de première catégorie, soit 38 euros».



Saggi

che era proprio il copricapo delle donne islamiche – anche nella meno invasiva delle sue forme – l’obiettivo diretto non dichiarato ma ben identificato dell’innovazione normativa, anche se al fondo ci sarebbe stato bisogno soprattutto di spegnere e archiviare definitivamente la deriva comunitarista che si era instaurata negli anni precedenti, caratterizzata da un processo di progressiva “ghettizzazione” degli immigrati e delle loro seconde generazioni, ufficialmente composte da cittadini francesi ma con un’istanza identitaria e religiosa molto forte a fronte di un’integrazione economico-sociale che la Francia non è stata (più) in grado di garantire.

Quello stesso fenomeno, a ben guardare, era la dimostrazione del fallimento del modello assimilazionista, il cui destino non è stato più fortunato di quello sperimentato dal multiculturalismo britannico (Maniscalco 2011, 65 ss.; Bonfiglio 2015 b, 27). La via della *laïcité de combat* fu comunque proseguita – all’Eliseo, nel frattempo, era arrivato Nicolas Sarkozy – con la legge n. 2010-1192, in base alla quale «nessuno può indossare negli spazi pubblici capi di abbigliamento che nascondono il volto», così da renderlo sempre riconoscibile. In sede di controllo preventivo operato dal *Conseil Constitutionnel*, era emerso che il legislatore aveva ritenuto che il diffondersi delle varie forme di velo (che rendano impossibile l’identificazione del volto) potesse «costituire un pericolo per la sicurezza pubblica», venendo ignorati «i requisiti minimi della vita nella società», aggiungendo pure che la legge voleva essere una risposta alla «situazione di esclusione e di inferiorità manifestamente incompatibile con i principi costituzionali di libertà e di uguaglianza» in cui finivano per trovarsi le donne che nascondevano il volto; l’organo, per parte sua, ritenne che il bilanciamento tra salvaguardia dell’ordine pubblico e garanzia dei diritti costituzionali non fosse «manifestamente sproporzionato», a patto che il bando del volto coperto in pubbli-



Saggi

co non restringesse troppo l'esercizio della libertà religiosa nei luoghi di culto aperti al pubblico (a pena di contravvenire eccessivamente all'art. 10 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789)⁸.

A dispetto del pronunciamento del *Conseil*, quella legge continuò a essere avvertita come marcatamente anti-islamica o comunque islamofobica. Non stupisce dunque che questa sia finita all'attenzione della Corte Edu; può sorprendere che quelle norme siano state considerate legittime, anche se è decisamente importante leggere con cura le motivazioni riportate nella sentenza per comprendere bene i ragionamenti del collegio, sebbene alcuni passaggi dell'argomentazione continuino a risultare poco convincenti.

La Corte di Strasburgo⁹, in particolare, si era trovata a doversi esprimere sulle doglianze della ricorrente, che – non potendo più girare interamente velata (con il *burqa* o il *niqab*, indumenti che sosteneva di indossare per sua scelta) – riteneva che la disciplina violasse gli artt. 3 (proibizione di trattamenti inumani e degradanti), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (libertà di espressione), 11 (libertà di riunione e di associazione) e 14 Cedu (divieto di discrimi-

⁸ Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Probabilmente l'assenza, nella decisione, di riferimenti all'argomento legato alla discriminazione delle donne velate ha indotto Abbondante (2015, 17) a concludere, acutamente, che «[l]a motivazione esclusivamente egualitaria non avrebbe reso compatibile la legge, secondo il giudice costituzionale d'oltralpe, con i valori dell'ordinamento costituzionale». Sull'*iter* travagliato della legge (emergente anche dalla sentenza della Corte Edu di cui si dirà), con tanto di parere non proprio favorevole del Consiglio di Stato – che si era spinto anche in un giudizio prognostico (negativo) sull'esame della legge da parte del *Conseil Constitutionnel* – per l'assenza d'una base giuridica chiara per il divieto, v. Bassetti (2012, 28).

⁹ Corte Edu, Grande Camera, 1° luglio 2014, ricorso n. 23835/11, S.A.S. c. Francia.



Saggi

nazione), quest'ultimo in combinato disposto con gli altri; costei rivendicava il diritto a indossare quei capi di abbigliamento in base al proprio sentire e a seconda delle circostanze, «per esprimere la propria credenza religiosa, personale e culturale», non per «dare noia agli altri ma per sentirsi in pace con se stessa», essendo peraltro pronta a mostrare il viso in caso di necessità ai controlli di sicurezza.

Dichiarate inammissibili le censure relative agli artt. 3 e 11, la Corte ha riconosciuto che la legge ha creato una limitazione o un'interferenza alla vita priva e alla libertà di religione della ricorrente¹⁰. Pur ammettendo che la tutela della "sicurezza pubblica" è uno dei motivi che consentono di derogare agli artt. 8 e 9 Cedu, i giudici di Strasburgo hanno rilevato che un divieto generalizzato di indossare in pubblico quel tipo di velo sarebbe stato proporzionato solo in caso di una «generale minaccia alla sicurezza pubblica», circostanza non dimostrata dal governo francese. Il collegio poi ha negato che la seconda giustificazione allegata dalla Francia, ossia la legge come garanzia del «rispetto per l'insieme minimo di valori di una società aperta e democratica», potesse avallare l'uso del perseguimento della parità tra i generi come argomento valido: lì non si discuteva di un comportamento imposto alla donna quale segno di sottomissione della stessa, ma di una pratica che la donna vuol difendere come esercizio di un suo diritto e che uno Stato non dovrebbe bandire invocando la parità di genere¹¹.

¹⁰ Successivamente, peraltro, la stessa Corte non ha riconosciuto alcuna violazione dell'art. 14 (in combinato disposto con gli artt. 8 e 9), dunque nessuna discriminazione, per lo meno che sia considerata priva di giustificazione (come si vedrà).

¹¹ Si giustifica appunto con l'assenza di costrizione la distanza di questa pronuncia rispetto a due noti precedenti del 4 marzo 2009, *Dogru c. Francia* (ricorso n. 27058/05) e *Ke-*



Saggi

E se per la Corte nemmeno il rispetto per la dignità umana può giustificare un bando *tout court* del velo integrale, perché quest'ultimo è espressione di «un'identità culturale che contribuisce al pluralismo, connaturato alla democrazia» e mancano evidenze sul fatto che le donne velate disprezzino le altre persone o ne offendano la dignità, altrettanto non si può dire per il fine di garantire il “vivere insieme” (*vivre ensemble*), come parte della «protezione dei diritti e delle libertà altrui». Alla base della decisione – e del rigetto del ricorso – è stato individuato il principio-valore di *fraternità*, al quale gli Stati possono attribuire valore con una certa discrezionalità, fino a ritenere le relazioni e interazioni tra gli individui «di particolare peso» (come espressione di pluralismo, ma pure di tolleranza e apertura mentale) e a pensare che celare il viso in pubblico sia un *vulnus* a tutto ciò.

Quanto allo scrutinio di proporzionalità, pur riconoscendo che il bando del velo integrale è afflittivo della situazione delle donne che desiderano portarlo e tenendo conto degli allarmi di chi aveva paventato rischi di islamofobia fomentati proprio dalla legge del 2010, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che quell'intervento normativo non lede la libertà di vestire qualunque altro capo (anche di matrice religiosa) che non travisi il volto e che oggetto della proibizione non è la connotazione religiosa di capi come *burqa* o il *niqab*, ma il loro nascondere il viso¹²; per il peso attribuito dal go-

ravnci c. Francia (ricorso n. 31645/04). Sul punto v. Abbondante (2015, 18) e Vaccari (2015, 6), quest'ultimo anche con riguardo al caso *Leyla Şahin c. Turchia* (Grande Camera, 10 novembre 2005, ricorso n. 44774/98).

¹² Nella valutazione favorevole alla legge del 2010 contribuirebbero anche le sanzioni relativamente contenute (una multa con un massimo edittale di 150 euro, sostituibile con l'obbligo di frequentare un corso di cittadinanza).



Saggi

verno francese al *vivre ensemble*, infine, ha ritenuto di dover riconoscere al singolo Stato – come *domestic policy-maker* – «un ampio margine di apprezzamento» (riecco, nemmeno a farlo apposta, il concetto di “margine”...).

La decisione, ampiamente discussa in dottrina¹³, aveva se non altro il pregio di “disinnescare” anche per il futuro l’argomento della sicurezza come potenziale *passe-par-tout* per superare i dubbi di legittimità relativi a ogni tipo di misura limitativa o interferente con le libertà individuali o collettive, facendo inevitabilmente pendere la bilancia dal lato delle istanze *security assuring* (o dichiarate come tali). Restava tuttavia – e comprensibilmente – l’amarezza e, ancora di più, il disorientamento di fronte alla scelta di ritenere accettabile un bando (incisivo e tutt’altro che pacificamente accettato) sulla base di un argomento in apparenza più impalpabile e meno “solido” come il “vivere insieme”, peraltro fatto discendere da un principio costituzionale – quello di fraternità – ampio e storicamente caricato di ben altri significati, destinati a non scolorare nemmeno dopo essere stati ampiamente schizzati di sangue¹⁴.

La decisione, al contrario, sembra piuttosto basata sulla «paura del fratello, o meglio della sorella, soprattutto se straniera e se veste, perché di vestire alla fin fine si tratta, in modo diverso da noi» (Ruggiu 2014, 3), mentre ad altre paure – pur considerate – mostra di non dare sufficientemente pe-

¹³ E anche all’interno dello stesso collegio, come dimostrano le due *partly dissenting opinion* allegata alla sentenza.

¹⁴ Con questo intendo ricordare che la decisione della Corte Edu precede tanto le stragi nella redazione di «Charlie Hebdo» e del supermercato «Hyper Cacher» (7-9 gennaio 2015), quanto l’attentato al Bataclan (13 novembre 2015), episodi che hanno colpito Parigi e, con essa, l’intera Francia.



Saggi

so; quanto al modello del *vivre ensemble*, colpisce come un concetto così importante e pregnante possa essere interpretato come una sorta di “obbligo di interagire” (un dovere dunque, non più soprattutto un diritto, come se la sfera individuale, proprio in una delle sue patrie, non contasse più di tanto) e, per giunta, come si finisca per sostenere che l’unica interazione che conta passi (solo) attraverso il guardarsi in faccia, nemmeno solo negli occhi¹⁵.

Su questi precedenti, non stupisce che in Francia la comparsa – non è dato sapere realmente se sporadica o ragionevolmente diffusa – del *burkini* e la reazione dei sindaci che lo hanno bandito abbia riaperto ferite mai rimarginate. Era inevitabile, dunque, che anche in questo caso qualcuno scegliesse di reagire alla decisione dei sindaci, ricorrendo in questo caso alla giustizia amministrativa.

Il primo ricorso contro l'*arrêté municipal* emesso dal primo cittadino del comune di Villeneuve-Loubet, almeno in via cautelare, era stato respinto¹⁶: per il tribunale amministrativo di Nizza non era menomata la libertà di movimento, risultando essa limitata solo in una parte del territorio e in un limitato periodo dell’anno; di più, visto il clima non favorevole alla coesistenza delle religioni¹⁷, il porto di un capo d’abbigliamento di chiara matri-

¹⁵ Su questo, oltre a Ruggiu (2014), v. soprattutto Vaccari (2015, 9), anche per le interessantissime riflessioni di Martha Nussbaum citate.

¹⁶ Tribunal Administratif de Nice, n°s 1603508 et 1603523, ordonnance du 22 août 2016. I ricorsi erano stati presentati da aderenti alla *Ligue des droits de l’homme* e dall’*Association de défense des droits de l’homme - collectif contre l’islamophobie en France*.

¹⁷ Detta coesistenza sarebbe elemento costitutivo del principio di laicità, ma ad essa si opporrebbe – come dimostrato, secondo i giudici, dall’assassinio di un sacerdote cattolico pochi giorni prima dell’emissione dell’ordinanza – il fondamentalismo islamico, la cui



Saggi

ce religiosa, interpretabile come segno di fondamentalismo, potrebbe ledere le convinzioni (o l'assenza di convinzioni) delle altre persone in spiaggia o addirittura apparire «una sfida o una provocazione» (in periodo di attentati), così come potrebbe essere letto come una cancellazione o uno svilimento del corpo che viene coperto. Sottolineava poi l'ordinanza dei giudici che la spiaggia, in uno stato laico, non è un luogo adatto per ostentare le proprie convinzioni religiose, dunque indossare il *burkini* in spiaggia «non può essere considerato un'espressione appropriata delle proprie convinzioni religiose»; a questo si aggiunge l'esigenza di non turbare ulteriormente l'ordine pubblico – già messo a dura prova dopo l'attentato a Nizza del 14 luglio 2016 – tanto più nel bel mezzo di un'affollata stagione estiva, non ritenendo si possa far carico alla polizia municipale anche la tutela dell'espressione delle credenze religiose. Da ultimo, i giudici di prime (sommatorie) cure evidenziavano che non c'era violazione del principio di uguaglianza, né sul piano religioso (visto che il bando si applicava a tutti i bagnanti, senza connotazioni religiose e senza che si dovessero predeterminare i singoli capi d'abbigliamento da proibire), né su quello del genere.

Se la decisione del Tribunale amministrativo di Nizza aveva deluso parte della dottrina più attenta ai diritti¹⁸, ricevendo invece il favore dei sindaci

«pratica religiosa radicale» sarebbe « incompatibile con i valori essenziali della comunità francese e con il principio della parità di genere».

¹⁸ Si veda, in particolare, l'intervista rilasciata a «Le Monde» da Stéphanie Hennette-Vauchez, professoressa di diritto pubblico all'Università di Paris - Ouest-Nanterre (Selier 2016): «Avec cette ordonnance – observava la giurista – il y a la conjugaison d'une part de la crispation du débat sur la laïcité depuis une dizaine d'années et d'autre part les effets de l'état d'urgence. Il y a une logique de l'urgence qui se dissémine partout dans l'ordre juridique. La conjugaison de ces deux effets aboutit à un jugement qui me-



Saggi

che avevano provveduto al bando – e che nei giorni precedenti avevano incassato la comprensione e il sostegno anche del primo ministro Manuel Valls – altrettanto non può dirsi per la successiva ordinanza del Consiglio di Stato¹⁹, che a distanza di pochi giorni ha sospeso l'efficacia del provvedimento preso dal sindaco di Villeneuve-Loubet, costituendo un precedente di rilievo per decisioni di segno analogo.

La pronuncia di seconde cure – decisamente più stringata rispetto a quella emessa in prima istanza – riconosce innanzitutto al sindaco poteri (e doveri) di polizia e mantenimento dell'ordine, della salute e della sicurezza anche in spiaggia, ma questi si devono conciliare con il rispetto delle libertà garantite per legge: devono pertanto essere adottate misure «adeguate, necessarie e proporzionate alle sole esigenze di ordine pubblico», in base alle circostanze di tempo e luogo e tenuto conto delle «esigenze derivanti dal diritto di accesso alla riva, dalla balneazione sicura, nonché dall'igiene e dal decoro sulla spiaggia».

Su questa base, in poche righe l'ordinanza del *Conseil d'Etat* fa a pezzi la costruzione del Tribunale amministrativo di Nizza. Prima nega che sia stato provato che una particolare tenuta da bagno abbia provocato rischi di turbamenti dell'ordine pubblico sulle spiagge di quel comune; mancando un caso di “pericolo concreto”, l'inquietudine dovuta agli attentati terroristici

nace la liberté de tous et la liberté des femmes musulmanes en particulier». In più, «Dans son ordonnance, le juge évoque “une liberté d'exprimer dans les formes appropriées ses convictions religieuses”. Cela signifie qu'il revient aux autorités administratives, sous le contrôle du juge, d'apprécier si la manière dont on exprime ses convictions religieuses correspond à des “formes appropriées”. C'est problématique en termes de libertés individuelles. Cela pose problème sur le principe même de laïcité».

¹⁹ Conseil d'Etat, n°s. 402742 et 402777, ordonnance du 26 août 2016.



Saggi

anche recenti «non può essere sufficiente per giustificare la misura d'interdizione contestata». Subito dopo, i giudici qualificano il bando (e il conseguente divieto di accesso alla spiaggia a chi indossa quei capi da bagno) come eccedente i poteri di polizia, mancando un fondamento su «provati pericoli di turbamento dell'ordine pubblico» e nemmeno «su ragioni d'igiene o di decoro» (punti, questi ultimi, che anche l'ordinanza di prime cure aveva trattato in modo piuttosto sbrigativo): il Consiglio di Stato, insomma, nega di fatto che vi siano (valide) ragioni igieniche o di decoro alla base del bando, che invece ha prodotto «una violazione grave e manifestamente illegittima alle libertà fondamentali» come quella di movimento, di coscienza e alla libertà personale.

Al di là del tono che, va ammesso, è fin troppo apodittico (qualche riga in più di spiegazione del perché le giustificazioni addotte dal comune non siano state ritenute idonee a ritenere esistenti nemmeno «ragioni d'igiene o di decoro» sarebbe stata auspicabile), l'ordinanza del *Conseil d'Etat* ha assestato un colpo robusto alla credibilità di un approccio che metta sempre la sicurezza al primo posto, anche qualora la minaccia sia più teorica che pratica: un approccio che, come si è visto, può concretizzarsi anche in misure decise «sotto un'evidente pressione emotiva» (Maniscalco 2016, 7), con poco riguardo per il rispetto delle libertà, nonostante siano scritte da anni in documenti di portata storica (il che per la Francia è particolarmente vero).

A livello più generale, credo che la vicenda del *burkini* abbia dimostrato come, probabilmente, tanto una buona parte dei francesi, quanto la quasi totalità degli italiani che hanno appreso delle ordinanze e della decisione del *Conseil d'Etat* attraverso i *media* non avessero un minimo di preparazione specifica in materia e, in troppi casi, nemmeno quel “buon senso” che ho



Saggi

più volte invocato prima, come dimostrato da svariati commenti che sono puntualmente fioccati, sui *social network* e non solo.

Pensando alla polemica sorta nel nostro paese – anche grazie ad alcune forze politiche che avevano accolto con favore l’iniziativa dei sindaci francesi, auspicando che fosse replicata anche in Italia, dopo quell’isolato precedente del 2009 citato in precedenza – è facile rilevare che ci si è accaniti a lungo sulle ragioni di sicurezza e di salute pubblica che avrebbero dovuto sostenere il bando del *burkini*, quando non è improbabile che alla base di quei provvedimenti ce ne fossero altre, poco ideali e molto più concrete (anche se, magari, potevano non essere troppo eleganti da ammettere)²⁰.

Il fatto che al centro della discussione ci fosse un costume da bagno (quindi un indumento disegnato con uno scopo innanzitutto pratico) avrebbe dovuto portare a ragionamenti più “mirati”, che considerassero lo specifico contesto d’uso del *burkini*. Innanzitutto, è facile negare che quel capo non può portare realmente pericoli per la sicurezza: posto che non cela il viso, quindi consente una certa individuabilità di chi lo indossa, certamente non è adatto a nascondere nulla al di sotto della propria superficie,

²⁰ È difficile non pensare – pur in assenza di prove, beninteso – che alla base delle ordinanze, al di là di fatti violenti (citati in Maniscalco 2016, 4) che avrebbero interessato singole realtà, ci fosse un mero calcolo di convenienza: poiché il primo comune ad adottare il provvedimento è stato Cannes e tra quelli interessati c’era anche Nice, accanto ad altre località turistico-balneari più o meno note, non era impossibile che gli amministratori locali temessero di perdere turisti occidentali (soprattutto i più facoltosi), credendo che la presenza di bagnanti abbigliate con il *burkini* instillasse loro un senso di insicurezza e disagio. Se così fosse stato, si sarebbe dovuto dichiarare il fallimento anche di questa misura: ad andarsene via – a favore, tra l’altro, anche delle vicine spiagge italiane – sono state infatti le bagnanti islamiche con famiglia (magari facoltosa) al seguito...



Saggi

visto il materiale con cui è prodotto (molto simile a quello sintetico dei costumi da bagno diffusi sulle nostre spiagge e in piscina, dunque in grado di mostrare se c'è qualcosa tra la pelle e il tessuto). Le stesse considerazioni sul materiale impediscono di ritenere che il *burkini* possa costituire un pericolo sul piano dell'igiene: nessuna differenza, infatti, si ha rispetto ai costumi di comune utilizzo, da vari punti di vista²¹. Quanto alla "stranezza" di indossare un costume interamente coprente, è facile osservare che sono relativamente poche le differenze tra un *burkini* e, ad esempio, la muta usata dai subacquei oppure – dopo che ci siamo abituati a vederli nelle immagini delle gare internazionali – i costumi-tuta integrali, diffusi negli ultimi anni tra nuotatori e nuotatrici professionist* per ridurre l'attrito con l'acqua e migliorare le prestazioni.

Se poi, a considerazioni meramente tecniche, si vogliono aggiungere riflessioni "di costume" (mi si perdoni il bisticcio), dovremmo forse riprendere qualche foto dell'inizio del '900 – e probabilmente anche un po' più tardi – per ricordare che allora le donne andavano in spiaggia frequentemente in vestaglia e capitava, ammesso che si attentassero a entrare in acqua, che con quella tenuta si bagnassero in mare: oggi, che troviamo un normale *bikini* assolutamente ordinario se non addirittura "quasi casto", abbiamo bisogno di testimonianze visive di un'epoca nemmeno troppo lontana per renderci conto di come fossimo prima che la secolarizzazione si compisse, cambian-

²¹ L'igiene spesso dipende dalla pulizia del corpo: l'eventuale scarsa igiene personale o eventuali atti di scarsa educazione in acqua (tutt'altro che sconosciuti, l'una e gli altri, nel "civilissimo mondo occidentale") non sono salutarissimi per l'ambiente circostante e per chi vi si trova, che si stia in *bikini* o in *burkini*. Quanto al contatto con la pelle del materiale presente in acqua, probabilmente il *burkini* consente di evitarlo meglio.



Saggi

do di molto i nostri parametri; la stessa secolarizzazione che, invece, solo da poco tempo sta toccando il mondo islamico ed è lenta nel produrre effetti che da noi sono già radicati e scontati da tempo²². Senza chiamare assolutamente in causa fondamentalismi, integralismi e deviazioni simili, è facile constatare con un semplice dialogo che il pudore per il proprio corpo diffuso tra le donne di fede islamica è ancora decisamente marcato (più o meno quanto lo era anche solo nella prima metà del '900 e anche un po' oltre dalle nostre parti): sono molte le donne che, per questa ragione, si vergognano ad andare in spiaggia o in piscina o, al più, lo farebbero a patto di avere la cer-

²² Ho già ricordato (Maestri 2014 b, 33-34), all'indomani dell'attentato a «Charlie Hebdo», che l'Islam ha almeno sei secoli di storia in meno rispetto alla religione cristiana, tempo che dunque il mondo musulmano non ha avuto a disposizione per vedere evolvere e mutare la propria fede. Sempre dopo i primi, tragici fatti di Parigi era intervenuto, in modo ben più autorevole di me, il teologo laico Vito Mancuso (2015), del quale riporto volentieri un lungo stralcio: «Noi non abbiamo nessun titolo per dare lezioni ai musulmani, se non uno solo: che siamo più vecchi e abbiamo più storia. Oggi buona parte dell'Islam, come l'Occidente cristiano nel passato, sta vivendo l'incontro con la secolarizzazione sentendosi aggredito, nel senso che i processi di laicità e di modernità risultano per esso come dei virus infettivi a cui reagisce attaccando e facendo così venir meno la tradizionale tolleranza che ha contraddistinto buona parte della sua storia. Dalla Rivoluzione francese alla Seconda guerra mondiale, in un arco di oltre 150 anni, l'Occidente ha vissuto la sua influenza con febbri altissime, imparando alla fine a usare quel metodo della gestione della vita pubblica tra persone di diverso orientamento culturale e religioso che si chiama democrazia (per quanto ancora in modo molto imperfetto). E noi questo dobbiamo fare: esportare democrazia [...] nel senso del rispetto delle idee e della vita altrui, da cui si produce quello sguardo amichevole che è il solo vero metodo per suscitare pace e lasciare una società migliore a chi verrà dopo di noi. Questo non significa che non bisogna essere determinati nella lotta contro i terroristi islamici, significa solo che occorre sempre saper distinguere l'organismo dalla malattia contratta. E in questa distinzione dovrà consistere la nostra lotta quotidiana a favore della pace del mondo».



Saggi

tezza di non essere viste da sconosciuti* (specie se uomini); il *burkini*, in questo caso, potrebbe essere davvero una soluzione – forse nemmeno un compromesso – accettabile per rendere accessibile a una donna di fede e cultura islamica l'esperienza del bagno (in mare o in piscina), per gli "occidentali" assolutamente ordinaria, ma magari non per lei. A questo, ovviamente, è appena il caso di aggiungere che ciascuna persona, dunque anche ogni donna (di qualunque origine e cultura), ha la piena libertà di vestirsi come crede, come sviluppo della propria autonomia privata; poiché di certo il *burkini* non è in alcun modo contrario all'ordine pubblico (per i motivi già visti), né lo è al buon costume (non si vede davvero come potrebbe), non ci sono ragioni valide perché quel capo d'abbigliamento sia interdetto²³.

Oltre a ciò che si è detto appena sopra, in ogni caso, è utile affiancare queste riflessioni a quanto più voci autorevoli da tempo argomentano a proposito di uno dei capi d'abbigliamento più connotati religiosamente in assoluto, il velo²⁴. Occorre rendersi conto dall'inizio che il nostro punto di vista, nel quale siamo immersi da sempre e finisce per indirizzare automaticamente i nostri pensieri in un determinato modo (anche se magari non ne

²³ Diverso, ovviamente, sarebbe il caso di chi pretendesse di utilizzare in piscina un costume simile ma tutto in materiale non adatto all'immersione in acqua o un esemplare di *burkini* sporco (il discorso varrebbe per ogni costume, da uomo o da donna).

²⁴ Parlando del velo, resta interessante – a dispetto del tempo trascorso – la lettura di Vercellin (2000); tra le opere più recenti e utili va sicuramente annoverato il volume di Pepicelli (2012) e il saggio di Mancini (2016). Tra le opere di stranieri, v. McGoldrick (2006) e, per un approccio più complesso nel quale includere (anche) il velo, Salih (2008). Per l'Italia, v. il parere (ottobre 2010) reso dal Comitato per l'Islam italiano su eventuali nuove disposizioni che impediscano il porto di *niqab* e *burqa*: il testo si legge all'indirizzo http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/00036_Comitato_Islam_-_relazione_Burqa_07_10.pdf.



Saggi

siamo consapevoli), è comunque parziale e può non comprendere a dovere realtà diverse dalla nostra: l'osservazione sembra banale, ma la è molto meno se solo si considera che il proprio approccio, anche se sostenuto in buona fede, può finire per essere dannoso anche per le persone e le realtà cui si vorrebbe giovare²⁵. Dimostrarlo, in fondo, è facile.

Legare il velo a significati esclusivamente religiosi è profondamente sbagliato: occorre ammettere che, una volta «innescato un antagonismo a base culturale/religiosa, [...] avviluppato nel gioco dialettico, il velo viene letto in base alle differenze che esso veicola e non alle possibili continuità antropologiche dei suoi usi» (Ricca 2012, 1999): così non ci si rende conto che, prima ancora che a dire qualcosa sulla religione che (forse) si pratica, il velo – al pari di altri elementi più o meno riconoscibili – è innanzitutto «un mezzo di certificazione dell'appartenenza e di riconoscimento reciproco all'interno degli spazi pubblici» (Id., 198), uno strumento per avvicinarsi, instaurare un dialogo senza passare per forza attraverso la ghettizzazione.

Se si parte da questo punto di vista, ci si rende conto – forse – che applicare le nostre categorie, il nostro pensiero, i nostri strumenti culturali a realtà che non ci appartengono, che non “conosciamo” (a fondo), è il primo errore, per quanto spontaneo e “naturale”, che possiamo compiere: quelle categorie e quegli strumenti culturali possono offrirci un'immagine distorta

²⁵ È lucida la ricostruzione di Ricca (2013, 12): «[...] sono le persone a usare le culture, e non le culture a usare le persone. Il problema, però, sta nel fatto che le persone spesso non sanno di usare le culture, la propria cultura. Ancora peggio, non sanno di non saperlo. L'esito di questa duplice ignoranza può essere fonte di innumerevoli problemi. Quando gli altri non condividono la tua stessa cultura, le tue informazioni, allora i saperi che si usano, senza sapere di usarli, rischiano di non produrre le conseguenze desiderate».



Saggi

dell'oggetto o del comportamento che ci si presenta davanti. Per di più, il tentativo di acquisire un approccio realmente multiculturale può far scoprire che il nostro modello culturale è tuttora intriso, nelle sue strutture, di patriarcalismo (di recente v. Abbondante 2015, 37 ss.); lo stesso può dirsi per varie strutture alla base del diritto (Pozzolo 2015, 23).

Raggiungere queste consapevolezze dovrebbe consigliare prudenza (o, volendo, "buon senso") nell'elaborare soluzioni o prendere decisioni. Potrebbe accadere, infatti, di voler adottare una misura nei confronti di una condotta per scoraggiarla (visto il valore negativo che assume agli occhi del decisore e considerando il fine di proteggere chi sembrerebbe danneggiat* da quel comportamento), salvo poi scoprire che, in realtà, quella misura è leggibile come una sorta d'incriminazione di un messaggio che si discosta dal paradigma culturale più diffuso (Masarone 2015, 106)²⁶. Se – come avverrebbe introducendo restrizioni o proibizioni circa l'uso del *burkini*, del velo o di altro capo dal valore religioso – la sanzione nei confronti di un comportamento culturalmente connotato non fosse dettata dalla volontà e dalla necessità di tutelare un bene giuridico (penalmente rilevante), si sarebbe di fronte a una diversa reazione di fronte a espressioni simili che utilizzano un simbolo per trasmettere un proprio messaggio culturale e religioso (Stradella 2008, 69 ss.).

²⁶ L'autrice, in particolare, pensa all'inevitabile discriminazione che si percepirebbe (circa i messaggi identitari apportati da ciascun oggetto) ove, in sede penale, l'uso del *burqa* fosse sanzionato e il porto del velo cristiano – condotta equivalente alla prima – non comportasse alcuna reazione dell'ordinamento.



5. La via “meticcia” (e pedagogica) al bilanciamento tra sicurezza e libertà, superando la paura

Gli ultimi concetti espressi, peraltro, potrebbero scoraggiare chi fosse (almeno tiepidamente) intenzionato a dare corpo a un presente, a un futuro diverso, in cui alla paura e all’insicurezza si sostituisca il significato primigenio di sicurezza, ossia la mancanza di preoccupazioni che consenta di sentirsi e vivere nelle libertà che sono a noi connaturate e che ora molti documenti riconoscono. Rendersi conto che non solo conoscere e approfondire la cultura e la quotidianità altrui è difficile, ma addirittura gli strumenti di cui “normalmente” disponiamo possono essere fallaci o comunque poco affidabili certamente non è un incentivo a impegnarsi su questa via. Eppure farlo non è opportuno: è necessario, se non addirittura vitale.

È inutile nascondere che, attualmente, la gran parte delle preoccupazioni legate alla sicurezza (alla sopravvivenza?) dei cd. “occidentali” e delle loro strutture sociali e politiche è legata al mondo islamico. Si tratta oggettivamente di una realtà complessa, anche e soprattutto perché in essa “politico” e “religioso” sono incredibilmente e profondamente fusi, senza che sia possibile tracciare una storia dell’Islam che non sia anche una storia politica²⁷. Proprio in questo caso, tuttavia, appare evidente la necessità di uno sforzo maggiore di conoscenza da parte nostra; di più, quello sforzo – a costo di non essere compresi o approvati da chi condivide la nostra cultura – va fatto per primi, augurandosi di ricevere lo stesso in cambio, senza però pre-

²⁷ Su questo piano, è utile farsi guidare dalla notevole esperienza e accuratezza di uno storico dei paesi islamici come Massimo Campanini (2008, 2015, 2017).



Saggi

tenderlo. Conoscere meglio quel mondo che sentiamo così lontano, senza leggerlo attraverso gli occhiali della nostra cultura (dopo esserci resi conto che li indossiamo e che possiamo anche toglierli) è il solo modo per comprendere la *ratio* di determinati comportamenti: non significa ovviamente accettarli, ma prenderne atto e tenerne conto nel momento in cui ci si relaziona. E proprio attraverso un dialogo consapevole, assistito da una preparazione adeguata, si possono magari gettare i semi perché quei comportamenti a lungo andare si modifichino (come si vedrà) a partire “dal basso”.

Una reazione diversa, rigida e muscolare, fatta di barriere e di forza respingente, non produrrebbe effetti positivi. Le notizie che ogni giorno infestano giornali, tv e la Rete confermano sempre di più come non bastino «leggi e mura» (fisiche e materiali, aggiunte a quelle – assai più frequenti – psicologiche e immateriali, ma non per questo meno “palpabili”) per «tene[re] fuori la paura», dalle nostre città (Filoni 2014, 125) come dalle nostre vite. Se così è, occorre tentare (o riprendere) con convinzione altre strade.

Farlo, è indubbio, costa fatica, come avviene per ogni operazione che intenda lavorare seriamente sulla cultura: finora, ad esempio, pur con gli sforzi di decenni compiuti a livello istituzionale e non solo, non si è riusciti a costruire neppure un’Unione culturale europea, vista la disomogeneità al suo interno che si riflette anche sul piano giuridico (Ricca 2015). È facile riscontrare che a lungo anche uno dei primi percorsi di dialogo avviati, quello interreligioso (nato all’inizio del ‘900 sotto le forme dell’ecumenismo tra Chiese cristiane e poi, soprattutto dopo il concilio Vaticano II, esteso anche alle altre fedi), è apparso in difficoltà, impantanato nelle sconcertanti cronache quotidiane e ostacolato da contraddizioni più o meno evidenti (compreso, probabilmente, un *deficit* di chiarezza in determinate posizioni). Eppure l’incontro, lo scambio – quello quotidiano tra persone, partendo «dal



Saggi

basso e dal concreto» (Budelli 2012, 43), oltre e prima che quello tra rappresentanti “ufficiali” delle fedi – è probabilmente la via più “disponibile” e su cui, procedendo con uno sguardo sufficientemente ampio, occorre investire energie, a costo di «intraprendere l'impossibile e accettare il provvisorio» (Salvarani 2011, 116), per creare via via un clima più favorevole alla circolazione di fiducia: gli sforzi compiuti da papa Francesco dall'inizio del suo pontificato vanno in quest'auspicabile direzione (Salvarani 2016).

Certo, il terreno in cui ci troviamo appare tutt'altro che fertile: è difficile, infatti, ragionare (verbo già di scarso *appeal* per alcuni) di dialogo, scambio e conoscenza reciproca, magari come base per una regolazione che sia ampiamente accettata e non avvertita come discriminatoria. Nell'Italia più recente il legislatore, dopo aver creato per anni un “diritto criminale migratorio” con cui perseguire «obiettivi, tutto sommato, contingenti e mai strutturali, funzionali a intercettare, nell'immediato, le simpatie della collettività per aver posto, in qualche modo, il fenomeno sotto controllo» (Lo Monte 2013, 137), ancora fatica terribilmente a liberarsi di una cultura del sospetto e della paura, in parte perché effettivamente appartiene a parte della classe dirigente, in parte perché elettoralmente – purtroppo – paga: l'ostinata sopravvivenza del reato di immigrazione clandestina (Maestri 2014 a), che punisce non tanto un'azione ma uno *status* personale perché già solo quello è avvertito come fonte di insicurezza (o, volendo usare le parole del governo, perché gli «interessi coinvolti» dal reato di clandestinità denotano un «carattere particolarmente sensibile»: Ruggiero 2017), è un perfetto – e avvilente – esempio di come stiano le cose.

Le migrazioni globalmente intese sono, appunto, uno dei punti nevralgici del binomio conflittuale sicurezza/libertà, non solo per tutto ciò che viene “dopo”, in termini di convivenza avvertita come rischiosa (e dalla quale si



Saggi

cerca di “immunizzarsi”: Borrello 2015, 43-45), ma anche perché già il momento in cui i migranti arrivano nelle nostre terre è percepito come fonte d’insicurezza (Ceccorulli 2014, 164-165): una costruzione avviata e alimentata dagli stessi *media*, nel momento in cui rappresentano per la maggior parte i migranti e le migrazioni come un rischio o, meglio, come una minaccia per la società ricevente, facendo quasi passare sotto silenzio il fatto che anche per chi si è messo in viaggio in condizioni proibitive il migrare è davvero un rischio, come i numerosi morti in mare – e non solo – dimostrano (Battistelli, Farruggia *et al.* 2016, 90 ss.)²⁸. Una volta arrivati, poi, gli stranieri possono addirittura diventare oggetto di forme di «razzismo istituzionale» (Bartoli 2012), finendo come obiettivo dichiarato o implicito (ma ben identificabile) di certe ordinanze sindacali (Mondino 2015, 100-103).

In quest’orizzonte di xenofobia perdurante, alimentata da ogni nuovo attentato terroristico anche solo in apparenza di matrice islamica o da qualunque fatto di cronaca nera che abbia una persona di origine straniera come protagonista in negativo (come se non ci fossero episodi in cui persone di origine straniera hanno un ruolo attivo e positivo), pare quasi fuori luogo, fuori tempo parlare di «grammatica dell’incontro con l’estraneo», di «cerimoniale dell’ospitalità» necessitato dalla «consapevolezza dello spostamento quale aspetto comune della condizione umana (Ricca 2011)²⁹. Ep-

²⁸ Gli autori si premurano di distinguere i *pericoli* (in cui si combinano l’assenza d’intenzionalità e gli esiti negativi e normalmente si riconducono a eventi naturali), i *rischi* (in cui a un’intenzionalità positiva di un attore non ostile si accompagnano esiti di volta in volta positivi o negativi) e le *minacce* (che uniscono un’intenzionalità negativa di un attore ostile e, ovviamente, degli esiti negativi).

²⁹ In quest’opera l’autore reinterpreta in chiave antropologico-semiotica del canto IX dell’*Odissea*. La storia di Ulisse è riletta come una sorta di “enciclopedia dell’ospitalità”;



Saggi

pure questo approccio coglie nel segno: la dinamica dell'ospitalità, dell'incontro (ovviamente quando sono genuini e non accettati per mero interesse) prevede e assicura il coinvolgimento attivo di entrambi gli attori – soggetto ospitante e soggetto ospitato³⁰ – spingendoli via via a una maggiore interazione, a una conoscenza sempre più approfondita e, dunque, a una progressiva riduzione delle distanze che all'inizio inevitabilmente esistono.

La distanza tra le persone, peraltro, sembra essere inversamente proporzionale alla lunghezza del "percorso" che si è disposti a fare per compren-

l'episodio che vede protagonisti il re di Itaca e Polifemo rappresenta soprattutto il lato peggiore, quello della mancanza, di tradimento dell'ospitalità da parte dell'ospitante, con tanto di masso posto all'uscita dell'antro, metafora drammaticamente contemporanea della frontiera, del muro. «Polifemo – sottolinea Ricca (2011, 98-99) – non è diverso dai legislatori di ogni tempo, anche da quelli odierni, posti a guida delle comunità nazionali. Al pari dei colonizzatori, in una sorta di recita rovesciata della scenografia storica, essi creano subalternità a carico degli Altri. Anzi, proclamano, con il loro agire politico, una sorta di sinonimia tra Alterità e subalternità. Eppure, dopo aver disseminato questo veleno lungo i campi del quotidiano, reprimono ogni reazione stigmatizzandola con un'altra equivalenza: straniero uguale pericolo, minaccia per la sicurezza pubblica. Il club degli uguali è esclusivo. Dentro l'antro della nazione è così, e basta.» Il finale della vicenda è inevitabile: la mancanza di ospitalità, la presunzione di poter trattare l'Altro, lo sconosciuto, come Nessuno può avere solo un epilogo tragico e catastrofico.

³⁰ È ovvio che anche all'ospite è richiesto di «sapersi comportare», dovendo egli «rispettare la liturgia dell'ospitalità, la prudenza e la distanza necessarie a consentire i tempi della traduzione, della decodifica»: rientra in questo, per esempio, «il donare, come corredo dell'ospitalità», poiché il dono «è un veicolo per infrangere il muro di ostilità, per inaugurare il processo di traduzione. [...] Presentare un dono è un modo di introdurre se stessi nel recinto dell'Alterità, un tentativo di anticiparla, di trovare un viatico capace di rendere familiare, accettabile, riconoscibile il proprio fardello di estraneità» (Ricca 2011, 17-18). Certo, la logica e la liturgia rischia di essere messa in crisi quando ai nostri occhi pare che il singolo ospite proprio non "sappia comportarsi"; questo, tuttavia, non toglie valore al modello dell'ospitalità e all'importanza di praticarlo e rispettarlo.



Saggi

dere le regole e dare loro forza. La vera sfida e scommessa per il futuro è dotarsi di un «diritto errante» (Ricca 2014), cioè di un diritto – e, di conseguenza, di interpreti giuridici – in grado di viaggiare oltre i confini, cogliendo le informazioni necessarie per operare una corretta “tradizione interculturale” delle azioni dell’Altro: deve farlo proprio per non “errare”, per non commettere ingiustizie (dannose per chi le riceve ma, alla lunga, pure per chi le compie) a causa di interpretazioni dei fatti del tutto sbagliate³¹.

In tal senso, diventa fondamentale il ruolo dello studioso del diritto pubblico in chiave comparata, vista la sua naturale propensione a guardare “oltre i confini”, verso altri sistemi di valori e regole. Sua priorità, però, non dovrebbe essere più (solo) studiare le soluzioni giuridiche adottate nei vari

³¹ «Per comprendere quel che fa, pensa e vuole una persona proveniente da un altro stato o appartenente a un differente circuito culturale si renderà necessario compiere una sorta di viaggio “altrove”. Lì, bisognerà andare in cerca degli indici semantici e contestuali in grado di far emergere le radici di senso di quel che è fatto e detto nel qui e nell’ora o che comunque è “attualmente” soggetto a interpretazione in seno a uno spazio d’esperienza. [...] Non compiere il viaggio oltre-confine, non tenere conto delle autotrasformazioni culturali vissute e gestite dalle persone, equivarrebbe a comprendere in modo monco, difettivo, gli estremi della situazione posta sotto la lente della qualificazione giuridica. Sennonché una erronea qualificazione del fatto si tramuterebbe in una qualificazione giuridica non corrispondente alla reale situazione da disciplinare, la stessa che funge da mezzo per la realizzazione dei fini incorporati nelle norme selezionate per l’applicazione. In altre parole, un *deficit* nella configurazione interculturale della c.d. fattispecie concreta darebbe luogo a una sorta di eterogenesi dei fini nell’attuazione delle normative statali. Non riuscire a rintracciare la corologia soggiacente al vissuto delle persone di volta in volta attratte nel circuito di applicazione delle singole norme si risolverebbe insomma in una falsa rappresentazione del fatto, quindi in un radicale eccesso di potere da parte degli operatori del diritto e delle istituzioni [...]» (Ricca 2014, 77-78).



Saggi

ordinamenti e compararle; lo sguardo dovrebbe farsi ancora più attento alle contaminazioni culturali e istituzionali, per tentare di costruire un linguaggio giuridico che aspiri a essere universale, dopo aver individuato principi generali condivisi e presenti nelle varie esperienze costituzionali concrete.

Questo approccio, definibile come «costituzionalismo meticcio» (Bonfiglio 2016), dovrebbe essere decisivo nell'aiutare il dialogo tra culture diverse, proprio perché è frutto di una circolazione e di una contaminazione di modelli e di istituti, così come sono stati messi in opera dalle varie comunità nazionali. L'ultimo dettaglio è importante: i principi elaborati dal costituzionalismo meticcio non sono teorici, ma sono frutto dell'osservazione concreta dei problemi e delle relazioni tra soggetti che sorgono nei diversi contesti; se in un primo tempo le relazioni facilmente hanno la forma dello scontro, il contatto può essere l'occasione per una maggiore conoscenza, possibile premessa di un adattamento delle posizioni iniziali. Proprio in un contesto simile si può iniziare a parlare di un'evoluzione della forma di stato democratico-liberale in «Stato multiculturale», caratterizzata da un notevole pluralismo di formazioni sociali (e di fonti dell'ordinamento) e, soprattutto, dal reciproco riconoscimento delle alterità culturali corroborato dal dialogo costruttivo tra individui e comunità (Amirante 2014, 28 e 135).

In un'ottica simile si può considerare la figura del giudice "antropologo" rilevata e auspicata da Ruggiu (2012) nell'ambito dei conflitti a carattere multiculturale. Essere chiamati a giudicare – soprattutto in vicende delicate di natura penale – e trovarsi di fronte un caso in cui ci si rende conto che la cultura potrebbe aver giocato un ruolo decisivo nella determinazione dei fatti, dovrebbe portare quasi inevitabilmente ad approfondire la conoscenza di quel contesto culturale, per valutare in modo corretto i comportamenti al centro della causa. Questo in vari casi è già avvenuto: è lecito sperare che la



Saggi

prassi si diffonda ulteriormente, magari attraverso l'impiego di strumenti (più o meno formalizzati) che, a monte, quasi obblighino il giudice a tener conto della connotazione culturale delle condotte relative a un caso e, in seguito, lo guidino nell'approfondimento antropologico, ovviamente lasciando in primo piano le valutazioni di natura giuridica³² e senza che chi è chiamato a giudicare si senta in "dovere" di accettare una certa pratica, dopo averne riscontrato l'effettivo fondamento culturale³³.

E se tutto ciò spaventa, se parlare di una via "meticcias" che consenta di inquadrare i conflitti multiculturali e lo stesso il binomio conflittuale sicurezza-libertà su cui si è incentrato questo lavoro sembra azzardato, fuori dalla nostra portata, è bene ricordare che a essere "meticcias" è tutta la nostra storia di italiani (invasione dopo invasione), com'è "meticcias", per chi si ritiene credente, la storia del cristianesimo (la religione più praticata e influente in Italia), a partire dalla sua figura centrale, l'uomo chiamato Gesù³⁴.

³² In questo senso, è da guardare con interesse la proposta di Ruggiu (2012, 285 ss.) di un *test* culturale, articolato in dodici domande, attraverso le quali cercare di riconoscere sul piano oggettivo l'esistenza di una pratica culturalmente rilevante (nella prospettiva della persona che la attua), per valutare in seguito prima il livello di aderenza del soggetto al modello di pratica culturale considerato, poi la sostenibilità della pratica stessa in una chiave relazionale (ossia all'interno della società "ospitante").

³³ Quel giudice è di certo *laico*: nella cornice di una società pluralista, egli «arbitra [...] i conflitti ideologici, religiosi e più largamente culturali tra i gruppi che vivono sotto la sua sovranità, ma non per questo rinuncia a valutazioni di pregevolezza o di indesiderabilità delle loro manifestazioni esteriori» (Prisco 2009, 144).

³⁴ Nessuno probabilmente è in grado di trasmettere l'importanza di questa consapevolezza quanto Erri De Luca. Mi affido dunque alle sue parole contenute nel libro *Le tante dello scandalo* (2011, Firenze: Giuntina), che commentano la presenza, all'interno della genealogia di Gesù riportata all'inizio del Vangelo di Matteo (1, 1-17), di «cinque nomi di donne, piantati dentro una discendenza maschile»: «Nel più prezioso ceppo familiare



Saggi

Se noi “meticci” lo siamo per natura, di certo non si nasce “pronti a essere meticci”. Anche questo, come quasi ogni altra cosa, si deve imparare. A rigore non esistono autodidatti: non si può imparare da soli ciò che, per natura, nasce dall’incontro, dallo scontro, dal confronto. Almeno l’impulso è sempre a più voci (magari non proprio intonate); lo sviluppo, fatto di letture, visioni, osservazioni e incontri, può proseguire in autonomia. Lo sforzo e la fatica sono minori – o, da un altro punto di vista, si possono avere risultati più consistenti – se si ha la fortuna di iniziare presto questo cammino di apprendimento e di farlo durare il più possibile (ovviamente avendo al proprio fianco vari “compagni di viaggio”). Naturalmente, se «per ogni cosa c’è il suo momento, il suo tempo per ogni faccenda sotto il cielo» (Qoelet, 3, 1), bambini e bambine possono iniziare da qualcosa di semplice, scritto apposta per loro³⁵: se dalle prime letture, riusciranno a capire che non si de-

ebraico, quello del messia, sono inserite e sottolineate delle donne straniere. Appartengono a popoli presenti nella terra promessa prima della conquista e mai estirpati. Non è sgombera e vergine la terra promessa. Non è un’isola deserta, non è il mondo vuoto dopo il diluvio. Al contrario brulica di popoli e di idoli. Proprio in mezzo a loro irrompe la divinità che si dichiara unica. [...] Ecco che nella preziosa discendenza del messia sono innestate donne e grembi di popoli diversi. Con le loro trasfusioni di sangue misto, la storia ebraica allontana da sé lo scettro e lo spettro della purezza di sangue, del *pedigree*. Pure il messia è meticcio. È una lezione grandiosa, poco risaputa e poco ripetuta».

³⁵ Si consenta di prendere spunto da due autori che più di altri si son fatti carico di trasmettere la visione pedagogica di una diversità che si percepisce *ictu oculi*, ma si erode a mano a mano che si va oltre ciò che appare (che sia la nazionalità, il colore della pelle, il culto religioso o altro) e si scava nell’intimo delle singole persone, dei loro sentimenti.

Tra i capisaldi della letteratura per bambini (destinata innanzitutto, *ça va sans dire*, agli adulti che dovrebbero capire quelle storie, prima di leggerle) si può scegliere una delle *Favole al telefono* (1962, Torino: Einaudi) di Gianni Rodari: *Uno e sette* narra di «un bambino che era sette bambini», diversi per nomi, famiglie, lingue e carnagioni, ma era-



Saggi

ve aver paura dell'altro (a partire dal compagno di scuola di origine straniera), solo perché ai loro occhi appare sconosciuto o, comunque, "diverso", avranno iniziato il cammino col piede giusto e verrà loro naturale continuarlo. Magari col nostro aiuto.

no «lo stesso bambino che aveva otto anni, sapeva già leggere e scrivere e andava in bicicletta senza appoggiare le mani sul manubrio»; quei bimbi, una volta cresciuti, «non potranno più farsi la guerra, perché tutti e sette sono un solo uomo». All'inizio il bambino pensa «Una persona non può stare in sette posti», ma a fine lettura subentra la consapevolezza che le persone sono diverse, ma la natura è la medesima: combattere altri esseri umani equivale a combattere se stessi (e a distruggersi); allontanare qualcuno per le differenze percepite significa perdere una parte di sé, destinarsi all'incompletezza.

Se per qualcuno è troppo "basso" leggere un classico della letteratura per l'infanzia, risulta forse più stimolante la lezione di Umberto Eco, semiologo, filosofo e romanziere, ma autore anche di racconti per bambini e ragazzi, trasformati in veicolo d'impegno e valori socialmente rilevanti. Uno di questi è *I tre cosmonauti* (1966, Milano: Bompiani), storia di tre astronauti – un americano, un russo e un cinese, che non si amavano tra loro perché, parlando lingue e cantando musiche differenti, «non si capivano e si credevano diversi» – partiti coi loro razzi verso Marte e arrivati insieme in un «paesaggio meraviglioso e inquietante». Accorgendosi di aver invocato contemporaneamente la madre, pur se in lingue diverse, si avvicinano e imparano a conoscersi. L'arrivo di un marziano, orribile a vedersi, li fa coalizzare («Di fronte a quel mostro le piccole differenze scomparivano. Che importava se parlavano un linguaggio diverso?») per distruggerlo, ma l'improvvisa comparsa di un uccellino marziano, spaventato e tremante, fa commuovere sia i tre cosmonauti sia il marziano: «non basta che due creature siano diverse perché debbano essere nemiche», finiscono per pensare i terrestri, ipotizzando col marziano che sarebbe bello fondare «una grande repubblica spaziale in cui tutti andassero d'amore e d'accordo». Utopia, certo, ma prima di arrivare allo spazio, basterebbe iniziare dalla Terra, magari da una sua piccola parte per poi allargarsi...



Bibliografia

Abbondante, F. (2015), *Multiculturalismo e dimensione di genere: una difficile convivenza tra differenza e uguaglianza*, in F. Abbondante, S. Prisco (cur.), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli: Editoriale scientifica, pp. 4-44.

Amirante, D. (2014), *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna: Bononia University Press.

Azzariti, G. (2010), *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari: Laterza.

Bartoli, C. (2012), *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Roma-Bari: Laterza.

Bassetti, G. (2012), *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 25.

Battistelli, F. (2016), *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Roma: Donzelli.

Battistelli, F., F. Farruggia, M.G. Galantino, G. Ricotta (2016), *Affrontarsi o confrontarsi? Il "rischio" immigrati sulla stampa italiana e nella periferia di Tor Sapienza a Roma*, in *Sicurezza e Scienze sociali*, 4 (1), pp. 86-112.

Bellavista, M. (2013), *Libertà versus sicurezza?*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Milano: FrancoAngeli, pp. 15-27.

Bonfiglio, S. (2015 a), *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3 (sez. Concetto e funzione dei partiti politici), pp. 16-35.



Saggi

Bonfiglio, S. (2015 b), *Sicurezza, immigrazione e cittadinanza inclusiva*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 5 (4).

Bonfiglio, S. (2016), *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino: Giappichelli.

Borrello, M. (2015), *Rappresentazioni della sicurezza, tra immunizzazione e discriminazione*, in C. Blengino (cur.), *Stranieri e sicurezza. Riflessioni sul volto oscuro dello stato di diritto*, Napoli: Editoriale scientifica, pp. 27-51.

Bova, C. (2013), *Dall'ordine pubblico alla sicurezza urbana*, in A. Torre (cur.), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, pp. 625-647.

Budelli, S. (2012), *Immigrazione: salute, sicurezza, sussidiarietà*, Torino: Giappichelli.

Buratti, A. (2003), *La condotta antidemocratica dei partiti politici come "illecito costituzionale"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 875 ss.

Buscema, L. (2017), *Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà di un ordinamento democratico*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 7 (1).

Campanini, M. (2008), *Ideologia e politica nell'Islam*, Bologna: il Mulino.

Campanini, M. (2015), *Islam e politica*, 3° ed., Bologna: il Mulino.

Campanini, M. (cur.) (2017), *Storia del pensiero politico islamico. Dal profeta Muhammad ai giorni nostri*, Firenze: Le Monnier Università.

Cavalletti, A. (2005), *La città biopolitica. Mitologia della sicurezza*, Milano: Bruno Mondadori.

Ceccorulli, M. (2014), *Migrazioni e rifugiati*, in P. Foradori, G. Giacomello (cur.), *Sicurezza globale. Le nuove minacce*, Bologna: il Mulino, pp. 155-159.



Saggi

Cerrina Feroni, G. (2015), *Ragionando di strategie di integrazione multi-culturale per l'Italia... senza retorica*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 5 (4).

Cherchi, M. (2003), *La nuova legge spagnola sui partiti politici: strumento di democrazia o atto incostituzionale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 865-874.

De Minico, G. (2016), *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli: Jovene.

De Vergottini, G. (2004), *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37 (111), pp. 1185-1211.

Falasca, S. (2016), *Bauman: «Parliamoci. È vera rivoluzione culturale»*, in *Avvenire*, 20 settembre, p. 6.

Filoni, M. (2014), *Lo spazio inquieto. La città e la paura*, Palermo: edizioni di passaggio.

Gemma, G. (1997), *Costituzionalismo, Costituzione e criminalità organizzata*, in *Archivio di diritto costituzionale*, 4, Torino: Giappichelli, pp. 109-180.

Giupponi, T.E. (2013), *La sicurezza urbana tra legislatore e Corte costituzionale*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Milano: FrancoAngeli, pp. 77-107.

Hobbes, T. (1989), *Leviatano* (ed. orig. *Leviathan, or the Matter. Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651), cur. A. Pacchi, Roma-Bari: Laterza.

Iacovone, G. (2012), *I poteri dei sindaci in materia di sicurezza urbana ed il nuovo orientamento della Corte costituzionale sul principio di legalità: punto di*



Saggi

arrivo o punto di partenza?, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 2 (1).

Lo Monte, E. (2013), *Il fenomeno dell'immigrazione clandestina: diritti, sicurezza e criminalità*, in A. Di Stasi, L. Kalb (cur.), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli: Editoriale scientifica.

Lo Presti, I.M. (2017), *L'esperienza spagnola: dal terrorismo interno alla minaccia globale. strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova"*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 7 (1).

Locke, J. (1960), *Due trattati sul governo e altri scritti politici* (ed. orig. *Two Treatises of Government*, 1690), cur. L. Pareyson, Torino: Utet.

Lorenzetti, A. (2010), *Il divieto di indossare «burqa» e «burqini». Che «genere» di ordinanze?*, in *Le Regioni*, 1-2, pp. 349-366.

Maestri, G. (2014 a), *La delega al Governo in tema di "depenalizzazione" dell'immigrazione clandestina: riflessioni sulla sicurezza*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 4 (2).

Maestri, G. (2014 b), *Dopo l'inferno di Parigi: qualche riflessione su sicurezza, paura, diritti e immigrazione*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 4 (4) (articolo pubblicato il 29 gennaio 2015).

Mancini, S. (2016), *Gender and Religious Symbols in the European Public Sphere: Unveiling the Paradoxes of Italian Toleration*, in E. Olivito (ed.), *Gender and Migration in Italy. A Multilayered Perspective*, Farnham-Burlington: Ashgate, pp. 177-192.

Manfredi, G. (2013), *Principio di legalità e poteri di ordinanza nella sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2011*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limi-*



Saggi

te del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale, Milano: FrancoAngeli, pp. 28-36.

Maniscalco, M.L. (2011), *Islam europeo. Sociologia di un incontro*, Milano: FrancoAngeli.

Maniscalco, M.L. (2016), *Living together. Considerazioni oltre la querelle del burkini*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 6 (3), pp. 3-15.

Masarone, V. (2015), *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in F. Abbondante, S. Prisco (cur.), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli: Editoriale scientifica, pp. 89-122.

Mauro, E. (2016), *Immigrazione, quale solidarietà*, in *la Repubblica*, 20 settembre, pp. 1 e 45.

McGoldrick, D. (2006), *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Mondino, S. (2015), *Lo straniero come destinatario delle ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana?*, in C. Blengino (cur.), *Stranieri e sicurezza. Riflessioni sul volto oscuro dello stato di diritto*, Napoli: Editoriale scientifica, pp. 81-110.

Occhiocupo, N. (1995), *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano: Giuffrè.

Palombella, G. (1996), *Filosofia del diritto*, Padova: Cedam.

Pepicelli, R. (2012), *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Roma: Carocci.

Pirozzoli, A. (2011), *Il potere di ordinanza del sindaco*, in *Rivista AIC*, 1.



Saggi

Pozzolo, S. (2015), *(Una) Teoria femminista del diritto. Genere e discorso giuridico*, in Th. Casadei (cur.), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giu-sfemminismo*, Torino: Giappichelli.

Prisco, S. (2009), *Laicità e convivenza: un ponte per l'incontro*, in Id., *Lai-cità. Un percorso di riflessione*, Torino: Giappichelli, pp. 139-148.

Ricca, M. (2011), *Polifemo. La cecità dello straniero*, Palermo: Torri del Vento.

Ricca, M. (2012), *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo: Torri del Vento.

Ricca, M. (2013), *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto inter-culturale*, Torino: Bollati Boringhieri.

Ricca, M. (2014), *Diritto errante. Spazi e soggetti*, in *Democrazia e sicurez-za – Democracy and Security Review*, 4 (4).

Ricca, M. (2015), *Europa Unita e pluralismo euclideo. Il paradosso antropo-logico dell'attuale esperienza giuridica europea*, in *Calumet*, 1 (1), leggibile su <http://www.calumet-review.it/>.

Ruggiero, C. (2017), *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clan-destina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio.

Ruggiu, I. (2012), *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di compo-sizione dei conflitti multiculturali*, Milano: FrancoAngeli.

Ruggiu, I. (2014), *S.A.S vs France. Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del "vivere insieme"*, in *Forum di Quaderni costitu-zionali*, 12 settembre.

Ruggiu, I. (2015), *Questioni aperte del multiculturalismo*, in F. Abbondante, S. Prisco (cur.), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convi-venza*, Napoli: Editoriale scientifica, pp. 175-203.



Saggi

Salerno, M.E. (2017), *In the Fight Against Terrorism, Does Article 15 of the ECHR Constitute an Effective Limitation to States' Power to Derogate from Their Human Rights Obligations?*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 7 (1).

Salih, R. (2008), *Musulmane rivelate. Donne, islam, modernità*, Roma: Carocci.

Salvarani, B. (2011), *Il dialogo è finito?*, Bologna: Edizioni Dehoniane.

Salvarani, B. (cur.) (2016), *Papa Francesco. Il dialogo come stile*, Bologna: Edizioni Dehoniane.

Sellier, C. (2016), *Arrêté anti-burkini : « Ce jugement menace la liberté de tous »*, in *Le Monde*, 24 août.

Selmini, R. (2013), *Le ordinanze sindacali in materia di sicurezza: una storia lunga, e non solo italiana*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Milano: FrancoAngeli, pp. 152-165.

Stradella, E. (2008), *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino: Giappichelli.

Trogu, M. (2017), *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*, 7 (1).

Vaccari, A. (2015), *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto di "vivre ensemble"*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, Aprile.

Vercellin, G. (2000), *Tra veli e turbanti. Rituali sociali e vita privata nei mondi dell'Islam*, Venezia: Marsilio.

Zagrebelsky, G. (1992), *Il diritto mite*, Torino: Einaudi.



Abstract

Security and Freedom: Margins and Horizons of (Common) Sense

Security and freedom are often in conflict (this can be observed also comparing the first contractual theories of natural law, proposed by Hobbes and Locke): this happens more frequently in a multicultural society. This paper focuses on some aspects related to this conflict. First of all, positive and negative consequences of establishing or not establishing (written) rules about declaring states of emergency are analyzed. Then the role of the concepts of “margin” (as a border or as a margin of appreciation) and “common sense” is investigated, taking into consideration some different national experiences (state of emergency not provided by Italian Constitution, rules about declaring states of emergency and banning political parties associated with terrorism in Spain). Particular attention is paid to conflicts between security and freedom about the use of cultural and religious symbols, like Muslim veils and the burqini, the swimming costume worn by some Muslim women and substantially banned (July-August 2016) by some French mayors, but then the *Conseil d’Etat* suspended the ban. The last part of the paper tries to suggest a way to overcome fear of foreigners – even in these bloody periods because of many terrorist attacks – through a correct intercultural and dialogic approach, in order to avoid serious misunderstandings.

Keywords: Burqini, cross-cultural constitutionalism, freedom, security, veil.



Conclusioni *

di Beatrice I. Bonafè **

Nel quadro della lotta al terrorismo internazionale, sicurezza e libertà possono essere visti come interessi antitetici. Questo è il presupposto comune da cui muovono indistintamente i diversi contributi che vanno a comporre le tre sessioni – di diritto costituzionale, di diritto penale e di diritto internazionale – del workshop tenutosi a Palermo il 26 e 27 settembre 2016 e intitolato *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo*.

Da un lato, la lotta al terrorismo internazionale corrisponde a un'esigenza essenziale di sicurezza delle comunità che nel loro complesso ne sono o possono esserne vittima. D'altro lato, le misure adottate per contrastare il fenomeno terroristico internazionale implicano limitazioni, a volte significative, delle libertà individuali che allo stesso tempo sono alla base di ogni comunità democratica. Le misure volte ad assicurare la

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento conclusivo del workshop internazionale *Sicurezza e libertà: nuovi paradossi democratici nella lotta al terrorismo internazionale* (Palermo, 26-27 settembre 2016). Contributo su invito.

** Professoressa associata di Diritto internazionale presso l'Università di Roma «La Sapienza» - Dipartimento di Scienze politiche.



Saggi

sicurezza di tali comunità rischiano pertanto di mettere in pericolo proprio quelle libertà che il terrorismo vuole minacciare. Il principale paradosso che ne deriva può essere efficacemente descritto ricorrendo alle parole di un romanziere contemporaneo:

le choix de l'homme n'est pas entre ce qu'il croit le Bien ou le Mal – ce serait simple et définitif – mais entre le Bien et un autre Bien, entre deux valeurs essentielles, qui tout à coup, par une sinistre facétie du destin se trouvent en contradiction. Il faut choisir. Et en choisissant un Bien on renie l'autre [...] (Schoendoerffer 2012, 83).

Se la letteratura fa risaltare i paradossi cui l'uomo è confrontato, la prospettiva del giurista appare come sostanzialmente tesa a evitare di operare una scelta così radicale. Benché una scelta appaia in fondo inevitabile, l'ordinamento giuridico dovrebbe essere in grado di prendere in considerazione i due "beni" occasionalmente contrapposti e gli strumenti giuridici si riveleranno efficaci se sono effettivamente in grado di dare espressione e forma a tali interessi contrapposti per assicurarne una sintesi quanto più armoniosa.

Il paradosso "democratico" messo in luce dai diversi contributi al workshop dedicato alla lotta al terrorismo traduce l'esigenza di proteggere contemporaneamente un interesse collettivo e contrapposti interessi individuali altrettanto meritevoli di tutela. La medesima circostanza caratterizza la protezione di tanti altri interessi generali che implicano il sacrificio più o meno circoscritto di interessi puramente individuali.

Non stupisce allora che gli approfondimenti, nelle tre sessioni dell'incontro, si concentrino in maniera ricorrente su aspetti comuni che, seppur con enfasi diverse, mettono in luce tre aspetti principali:



Saggi

L'opposizione tra la normalità e l'eccezione costituita dal fenomeno terroristico, la scelta degli strumenti normativi più appropriati a far fronte all'emergenza terroristica e l'importanza fondamentale degli strumenti normativi che possano assicurare il bilanciamento tra i diversi interessi che devono essere protetti in tale contesto particolare.

Il primo aspetto concerne la necessità astratta di "normalizzare" l'eccezione. Che il terrorismo internazionale sia percepito come un fenomeno "eccezionale" non sembra smentito dal numero ahimè crescente di attacchi che si sono verificati negli ultimi anni né dalla crescente attenzione che il fenomeno ha attirato. Per poter far fronte a simili circostanze occorre che l'ordinamento giuridico, sia esso nazionale o internazionale, predisponga norme e misure atte a prevenire, contrastare e reprimere simili atti. Altrimenti, il rischio è che il terrorismo rimanga una categoria d'eccezione e pertanto che la reazione agli atti terroristici operi in un vuoto normativo dove non trovano applicazione le garanzie minime delle libertà individuali offerte dall'ordinamento (v. in generale Meccarelli, Palchetti, Sotis 2011). Guantanamo non ne è che un esempio. La disciplina dell'eccezione diventa allora una condizione indispensabile affinché sia definito un quadro giuridico completo degli interventi che tale "eccezione" detta.

Più nel dettaglio, i rischi di abuso che presenta l'adozione di misure volte a contrastare il terrorismo internazionale sono richiamati in maniera trasversale nelle relazioni che affrontano la questione dal punto di vista del diritto costituzionale, penale e internazionale¹. Un particolare

¹ Così le relazioni della prof.ssa Lorello, del dott. Trogu, delle dott.sse Carpanelli e Lazzerini e del dott. Saluzzo e le conclusioni del dott. Maestri e del dott. Ferrara.



Saggi

esempio di disciplina interna dello stato d'eccezione è fornito dall'ordinamento spagnolo, oggetto di studio nell'ambito sia della sessione di diritto costituzionale sia quella di diritto penale². Sul piano internazionale, l'esigenza di "normalizzazione" degli stati d'emergenza si traduce, nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, in precisi obblighi per gli Stati che intendano sospendere il rispetto di alcuni diritti fondamentali. Così le clausole di deroga alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo o al Patto sui diritti civili e politici sanciscono la possibilità di limitare le garanzie individuali ma al tempo stesso dettano una serie di condizioni che devono essere rispettate e in particolare indicano quali diritti vadano considerati inderogabili³.

Il secondo aspetto riguarda la scelta dello strumento normativo più appropriato a disciplinare una situazione di emergenza come il terrorismo internazionale. Nella prospettiva del diritto interno, il dibattito concerne innanzitutto la scelta tra strumenti della legislazione ordinaria e misure invece di legislazione straordinaria. Da una parte, si mette in luce come lo strumento ordinario rischi di trasformare la disciplina dettata da una circostanza eccezionale in una limitazione permanente delle garanzie individuali⁴. Dall'altra parte, affidare la reazione al terrorismo internazionale esclusivamente a misure di urgenza legate all'eccezionalità del fenomeno può dar luogo a conflitti normativi e difficoltà di coordina-

² Si vedano rispettivamente le relazioni della dott.ssa Lo Presti e della dott.ssa Corral Maraver.

³ Questa particolare disciplina è esaminata nella relazione della dott.ssa Salerno.

⁴ In questo senso la relazione della prof.ssa Lorello.



Saggi

mento di tale disciplina con le garanzie fondamentali, rendendo in ultima analisi il quadro normativo complessivo frammentato e disorganico⁵.

L'impatto delle misure antiterrorismo sulle garanzie individuali appare rilevante in alcuni ambiti oggetto di analisi specifiche. In ambito penale, conseguenze che destano preoccupazione si avvertono sull'intera gamma del diritto sostanziale, le misure di prevenzione, il diritto processuale e il diritto penitenziario⁶. La protezione dei dati personali rappresenta un altro settore nel quale le misure della lotta al terrorismo possono avere un impatto significativo sui diritti individuali come emerge sia nella prospettiva penalistica⁷ sia in quella internazionalistica⁸.

Dal punto di vista del diritto internazionale, dove la funzione normativa non è accentrata e l'esecuzione degli obblighi internazionali è sostanzialmente rimessa agli Stati, la discussione sulla scelta dello strumento normativo più appropriato e più garantista solleva questioni peculiari. Due emergono dalle analisi presentate. Da un lato, le misure internazionali della lotta al terrorismo sono adottate nel quadro di diverse sedi istituzionali, siano esse universali o regionali, per dover poi essere recepite negli ordinamenti dei rispettivi Stati membri. Questo solleva delicati problemi di adattamento con la conseguenza che le varie discipline del fenomeno possono risultare divergenti. La preoccupazione maggiore al

⁵ Si vedano in proposito le relazioni della dott.ssa Corral Maraver e, in merito al caso spagnolo, della dott.ssa Lo Presti.

⁶ Si veda la relazione del dott. Trogu.

⁷ Si veda la relazione della dott.ssa Barone.

⁸ Si veda la relazione del dott. Saluzzo.



Saggi

riguardo è di garantire che nei diversi ordinamenti nazionali le misure antiterrorismo ricevano un'applicazione coerente e uniforme⁹.

D'altro canto, nell'ordinamento internazionale dove la produzione di norme generali (non scritte) ha carattere diffuso e il diritto scritto ha fondamento pattizio, l'adozione di simili misure è spesso opera di un organo di natura politica – si pensi *in primis* al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite – che è tipicamente sottratto a un controllo giurisdizionale accentrato. Pertanto, si rileva in primo luogo l'assenza, in determinati settori, di norme generali e vincolanti¹⁰. Inoltre, le misure anti-terrorismo sono oggetto di un vivo dibattito proprio a causa del loro impatto sulle libertà fondamentali dei soggetti privati che ne sono destinatari. Peraltro, un dialogo pare essersi instaurato tra organi politici e organi giurisdizionali "esterni"¹¹. Se siamo ancora lontani da un giudizio di piena conformità, tale dialogo ha portato a un progressivo miglioramento nella tutela delle garanzie individuali, che erano passate in secondo piano rispetto alla lotta al terrorismo internazionale, attraverso la riforma del meccanismo istituzionale di definizione delle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza.

Da ultimo, va segnalato l'aspetto centrale sottolineato da quasi tutti i contributi e che sembra offrire lo strumento giuridico se non perfetto quantomeno privilegiato per tutelare al tempo stesso libertà fondamentali ed esigenze di sicurezza. Il bilanciamento effettuato per il tramite del controllo giurisdizionale sembra in grado di realizzare un effettivo con-

⁹ Si veda in particolare la relazione della dott.ssa Corral Maraver.

¹⁰ Al riguardo si veda la relazione congiunta delle dott.sse Carpanelli e Lazzerini.

¹¹ Si veda la relazione della dott.ssa Candelmo.



Saggi

temperamento di questi “beni” contrapposti. Tale bilanciamento costituisce anche l’aspetto più concreto dell’analisi poiché offre uno strumento generale che però può essere adattato all’esame caso per caso delle particolari circostanze nelle quali libertà e sicurezza si oppongono.

Nel diritto interno, il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e libertà fondamentali è realizzato attraverso il controllo delle corti costituzionali¹² che fungono da guardiane della separazione dei poteri e dei valori costituzionali fondamentali. La misura anti-terrorismo sospettata di essere in conflitto con le libertà fondamentali verrà vagliata alla luce della legittimità del suo scopo e della proporzionalità rispetto all’obiettivo perseguito. Posta la legittimità delle esigenze di sicurezza nazionale, il principio di proporzionalità diventa essenziale nella composizione dei divergenti interessi in gioco¹³.

La medesima metodologia è comunemente adottata da alcuni giudici internazionali, in particolare quelli regionali, quali la Corte europea dei diritti dell’uomo, oggetto di specifici approfondimenti nella sessione penalistica¹⁴ e in quella dedicata al diritto internazionale¹⁵. Va però ricordato che nell’ordinamento internazionale mancano sia una funzione accentrata di accertamento giurisdizionale sia una separazione dei poteri così come note negli ordinamenti interni. Il giudice che si trovi occasional-

¹² In particolare si veda la relazione introduttiva della prof.ssa Lorello.

¹³ Per un’ambito specifico di applicazione di tale principio si veda la relazione della dott.ssa Barone.

¹⁴ Si veda la relazione della dott.ssa Cimò.

¹⁵ Così la relazione introduttiva del dott. Terrasi.



Saggi

mente chiamato a bilanciare tra interesse di sicurezza e garanzie fondamentali avrà pertanto una competenza limitata – ad esempio i diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo – e le sue decisioni solitamente non porteranno all’annullamento delle misure di sicurezza che si avverano contrarie ai diritti fondamentali – ad esempio le risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

Le caratteristiche dell’ordinamento internazionale fanno sì che un ruolo di rilievo vada riconosciuto al margine di apprezzamento lasciato agli Stati. Seppur sotto il controllo ad esempio della Corte europea, gli Stati mantengono una certa discrezionalità nel determinare le situazioni di emergenza nelle quali far ricorso alle clausole di deroga, gli scopi che le misure limitative dei diritti fondamentali devono perseguire, nonché la natura e tipologia di tali misure¹⁶. Altro strumento del bilanciamento tipico dell’ordinamento internazionale – forse più correttamente della pluralità di ordinamenti giuridici – è la protezione equivalente. Meccanismo che riposa sulla “fiducia” tra ordinamenti derivante dall’esistenza di garanzie sostanziali comuni, la protezione equivalente può sì portare a una limitazione del controllo sulle libertà fondamentali ma a condizione che esso sia esperibile nell’altro ordinamento coinvolto¹⁷.

Se l’incontro di Palermo e le sue stimolanti relazioni hanno contribuito all’analisi delle principali criticità derivanti dall’opposizione tra sicurezza e libertà causate dalla lotta al terrorismo internazionale così come

¹⁶ Si vedano, su aspetti diversi, le relazioni del dott. Salerno e del dott. Saluzzo.

¹⁷ Per l’analisi di una disciplina assimilabile alla protezione equivalente si veda la relazione del dott. Saluzzo.



Saggi

dei rimedi che possono portare a una riconciliazione di tali interessi contrapposti, il dibattito è ancora aperto e la prassi continua a fornire situazioni nelle quali le chiavi di lettura proposte dai relatori e qui brevemente delineate si rivelano essenziali. Si pensi allo scontro di posizioni tra potere esecutivo e potere giudiziario americani espresso in questi giorni in merito all'*executive order* del Presidente degli Stati Uniti che vieta l'ingresso nel paese ai cittadini di sette paesi a prevalenza musulmana.

La misura adottata il 27 gennaio 2017 si dice motivata dalla lotta al terrorismo internazionale e dalla protezione dei valori costituzionali¹⁸. Il 3 febbraio 2017 un giudice federale ne ha temporaneamente sospeso l'applicazione perché ha invece ritenuto la misura contraria ai diritti sanciti dalla Costituzione americana e all'interesse pubblico¹⁹, ai quali si potrebbero aggiungere alcuni obblighi internazionali.

¹⁸ Il testo dell'*executive order* è pubblicato al seguente indirizzo: <https://www.nytimes.com/2017/01/27/us/politics/refugee-muslim-executive-order-trump.html>.

¹⁹ Il testo della decisione del giudice Robart è pubblicato al seguente indirizzo: <http://www.usatoday.com/story/news/2017/02/03/report-federal-judge-refuses-block-trump-immigration-ban/97466178/>. La Corte d'appello federale del Nono Circuito ha confermato la sospensione il 4 febbraio 2017 (<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2017/02/05/17-35105.pdf>).



Bibliografia

Meccarelli, M., P. Palchetti, C. Sotis (cur.) (2011), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata: eum.

Schoendoerffer, P. (2012), *Le Crabe-Tambour*, 6 ed., Paris: Grasset.





Il ritorno della nazione e il futuro del Soggetto. Colloqui con Alain Touraine

di Francesco Antonelli *

L'immaginazione sociologica è un'espressione con la quale il grande sociologo Charles W. Mills, nell'omonimo libro del 1959, indicava la necessità per le scienze sociali di cogliere, in ogni fenomeno studiato, il legame tra le biografie individuali e la grande storia. Solo così la sociologia avrebbe sviluppato un orientamento critico in grado di metterla al riparo da due rischi mortali: la vuota astrattezza e la banalità ammantata di falsa scientificità. Oggi questi due rischi si trasformano nel pessimismo apocalittico di molta teoria sociale e nell'iper-specializzazione delle scienze sociali che, spaccando il capello in quattro e andando alla ricerca del solo frammento, si condannano all'irrilevanza nel dibattito pubblico.

Alain Touraine – uno dei più grandi sociologi viventi la cui fortuna si lega a studi di straordinario successo come quello sull'evoluzione del la-

* Ricercatore confermato di Sociologia generale presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Roma Tre. Una versione in forma ridotta di questa intervista è apparsa sulle pagine culturali del quotidiano *il manifesto* del 10 marzo 2017.



voro operaio, il Maggio francese del Sessantotto, la società postindustriale e, più recentemente, la scomparsa del sociale nel mondo globale – non cita quasi mai Mills. Eppure, nonostante i suoi 92 anni e a dispetto di chi pensa che gioventù significhi necessariamente vita e novità, Touraine rappresenta una delle migliori espressioni del tentativo di rimettere in moto l'immaginazione sociologica. Il futuro dell'Europa, le trasformazioni della democrazia e il modo in cui le scienze sociali dovrebbe approcciarsi alle nuove sfide della globalizzazione sono i temi sui quali abbiamo intervistato Alain Touraine, durante la settimana di conferenze (13-17 Febbraio 2017) organizzate da Antimo Luigi Farro, Francesco Antonelli, Lia Fassari, Emanuele Toscano, Assunta Viteritti e tenute alla Sapienza di Roma.

In questi anni Lei ha lavorato molto per affinare ulteriormente la sua teoria sociale che, a partire dalla metà degli anni Novanta, è andata sempre più orientandosi verso lo sviluppo di due idee chiave: quella di post-sociale, nel senso cioè di un mondo collettivo che non si organizza più con le vecchie regole istituzionali tipiche della società industriale e dello Stato nazionale, e quella di soggetto, vale a dire un attore che assieme ad altri attori promuove, tramite azioni collettive, nuove forme di emancipazione. Tutti questi temi sono sviluppati in particolar modo nei suoi ultimi tre libri – *La fin des Sociétés* (2015a), *Nous, sujets humains* (2015b) e *Le Nouveau Siècle politique* (2016). Ora sta lavorando a un nuovo libro che punta a riassumere i principali concetti della sua teoria sociologica.

A mio avviso sono otto i punti fondamentali per ripensare la società di oggi, una società non più descrivibile con le categorie della sociologia classica.



1. *Soggetto*: nel mondo sociale di oggi tanto le dinamiche del dominio quanto quelle dell'emancipazione ruotano attorno alla produzione della soggettività individuale. Il soggetto, inteso come principio d'azione e di autonomia, è continuamente sospeso tra il tentativo di plasmarne le caratteristiche in base agli interessi del mercato e del potere, e la sua autodeterminazione che si oppone a questi tentativi dando vita a nuove rivendicazioni e nuovi diritti. In un mondo nel quale la società nazionale, intesa come luogo nel quale le istituzioni integravano le persone all'interno delle dinamiche socioeconomiche nazionali, declinano e con esse le classi sociali come vettori identitari, il soggetto può opporsi al potere e alla manipolazione solo facendo appello ad un dato meta-sociale. Vale a dire a principi etici e giuridici di carattere universale, come la dignità umana e i diritti umani. Il soggetto in movimento, il soggetto che lotta per la propria emancipazione lo fa in nome dell'umanità: da una parte stanno questi soggetti e dall'altra il sistema economico-finanziario globale. In mezzo non c'è quasi più nulla: declinano i gradi corpi intermedi (come i partiti) che agivano all'interno dei vecchi confini della società industriale e nazionale.

2. *Potere*: il potere è oggi sempre più totale, un concetto diverso da quello di potere totalitario. Il potere totale di oggi è prima di tutto allocato al livello globale e riguarda una ristrettissima élites di persone senza patria e senza radicamenti. Questo potere è totale perché è contemporaneamente culturale, politico ed economico. Esso, cioè, agisce su tutti e tre i fronti nel tentativo di controllare la produzione delle soggettività individuali. Ecco perché l'opposizione ad esso viene oggi condotta in nome di un principio altrettanto totale come quello di umanità e di soggetto umano.



3. *Globalizzazione*: la globalizzazione è ormai quel processo che prioritariamente va preso in considerazione per analizzare qualunque dinamica sociale, politica o economica, basato sulla rottura dei rapporti di reciproca influenza tra società civile, economia e Stato. Sin dagli anni Novanta è apparso chiaro che la globalizzazione nella sua forma odierna provoca un vuoto, abbatte i corpi intermedi – sui quali si è retto lo sviluppo della democrazia in Occidente, come già riconosceva Tocqueville – e, contemporaneamente, alimenta lo sviluppo di varie forme di comunitarismo esclusivista. La forma odierna assunta da questo comunitarismo è il ritorno del nazionalismo, la grande questione attorno alla quale si sta riorganizzando il dibattito e il conflitto politico sia in Europa sia negli Stati Uniti.

4. *Movimenti sociali*: già dagli anni Ottanta è apparso chiaro che, nel momento in cui continuavano ad esistere ed anzi si moltiplicavano i movimenti politici e sociali, o semplicemente di protesta, questi non si definivano più in termini di classi sociali. La classe sociale è stato la grande dimensione e la grande fonte di definizione dei movimenti sociali nella società industriale, che pensava se stessa e la propria capacità di trasformazione in termini economici e sistemici. Nella società post-industriale basata sulla terziarizzazione dell'economia e su (un'eccessiva per l'Occidente) de-industrializzazione, i movimenti si definiscono sempre più in termini da prima culturali e poi etico-politici. I movimenti di oggi prima che sociali sono politici e mettono al centro la contestazione delle élites e il modo in cui lo Stato articola i propri rapporti con il resto del mondo globale (pensiamo alla questione dei confini). Il richiamo alla nazione in chiave popolare è oggi un appello molto diffuso. Tuttavia, questi movimenti falliscono spesso la loro missione di incidere realmen-



te sul potere poiché mentre questo è totale e globale, i movimenti guardano alla realtà nazionale. Gli unici movimenti in grado di mettere in discussione questo potere totale sono, lo ribadiamo, quei movimenti etico-politici che fanno appello al soggetto umano. Movimenti tuttavia in forte difficoltà nella fase attuale.

5. *De-socializzazione*: si tratta di un processo complementare alla fine della società. Esso si dispiega al livello di vita quotidiana e consiste nel declino di quelle istituzioni tipiche della modernità che si basavano sulla sottomissione degli interessi e dei desideri individuali a quelli del gruppo: la famiglia nucleare è stata il più tipico esempio di questo tipo di istituzioni. La de-socializzazione crea un genere completamente diverso di rapporti sociali e intimi, ancora una volta basati sulla centralità del soggetto personale: non è più il vincolo istituzionale e collettivo a regolamentare le azioni ma il principio di reciprocità e di soddisfazione individuale. Tanto il mutamento delle relazioni di genere quanto l'ascesa nella sfera pubblica di orientamenti sessuali diversi da quello eterosessuale, sono parte di questo processo.

6. *Creatività*: creatività e innovazione sono le due parole chiave più importanti per l'economia contemporanea. È tramite la creatività che l'economia cresce e si sviluppa, una risorsa dunque del tutto immateriale. Se nella società industriale la fabbrica era l'istituzione più importante, oggi questo posto è occupato dalle grandi università orientate alla ricerca poiché è in questi luoghi che prendono forma tutte le principali innovazioni del mondo di oggi. A questo proposito è bene ricordare che, tanto negli USA quanto in Europa e in Giappone, la ricerca è finanziata indirettamente o direttamente tramite risorse pubbliche mentre quelle private sono accessorie. È questo connubio tra istituzioni pubbliche, uni-



versità e imprese private che genera creatività, dando vita ai più importanti processi economici contemporanei.

7. *Politica sociale*: in un mondo come il nostro la politica sociale diventa sempre più importante anche se viene messa sotto attacco da più partiti. La politica sociale per il mondo di oggi non deve puntare tanto all'assistenzialismo quanto a potenziare le capacità di autodeterminazione dei soggetti.

8. *Iper-modernità*: ho sempre rifiutato il concetto di post-moderno come termine omnibus in grado di definire la fase attuale della nostra civiltà. Dietro all'idea di postmodernità ci sono i concetti di rottura della traiettoria della modernità e di declino del soggetto. Al contrario, la fase attuale è definibile come iper-moderna poiché si basa su una radicalizzazione, in positivo e in negativo, dei principi cardine della modernità come emersi dal XVIII secolo.

Dopo la crisi economica del 2007 sembravano aprirsi nuovi spazi di democrazia: dalle Rivoluzioni Arabe ad Occupy Wall Street, ovunque nuovi movimenti sembravano in grado di abbattere i regimi autoritari e di rimettere in discussione gli assetti di potere globale. Dieci anni dopo non possiamo che constatare il fallimento di molti di quei movimenti: mentre il capitalismo globale si riorganizza, un Medio Oriente in pezzi è stretto tra la morsa dell'integralismo e la guerra, si rafforza l'autoritarismo in paesi come la Turchia e la Russia, il populismo cresce in tutto l'Occidente. Davvero non è rimasto nulla di positivo di quei movimenti?

Nel mondo globale i movimenti sono prevalentemente etico-politici piuttosto che socio-economici: al centro di esperienze come quelle di Oc-



cupy Wall Street vi è il richiamo alla dignità umana e ai diritti umani, cioè alla difesa della capacità e della possibilità di ciascuno di essere rispettato e di poter costruire la propria vita e la propria felicità in modo autonomo. Questo appello al soggetto umano è universale e taglia trasversalmente i ceti medi e le classi popolari: non ci troviamo più di fronte a movimenti di classe, le persone non si definiscono più in quei termini quando si oppongono ad un potere che diventa sempre più concentrato e radicato rispetto alle dinamiche democratiche. Il problema fondamentale che sta dietro le derive attuali è che siamo in una fase di transizione molto veloce. Le classi politiche occidentali sono completamente spiazzate rispetto a questo e, oggi come in passato, hanno semplicemente assecondato o cercato di moderare gli effetti della globalizzazione economica. Tuttavia, l'impressione è che molti di quelli che hanno militato nei movimenti successivi al 2007 non siano stati all'altezza delle sfide e, sotto le pressioni delle circostanze, abbiano voluto bruciare le tappe: per passare dalla fase del movimento sociale a quello politico, il movimento operaio ha impiegato almeno Settant'anni. I nuovi movimenti sociali hanno voluto passare immediatamente alla fase organizzata della politica e si sono ritrovati stretti da una contraddizione fondamentale: l'immatunità delle *leadership* e le nuove tensioni tra sfide globali e rigurgiti nazionalisti. Da questo punto di vista sia Syriza sia Podemos hanno fallito i loro obiettivi.

Al contrario, vengono immediatamente alla mente i successi che i movimenti populistici stanno invece incontrando in Occidente.

Il populismo è un'etichetta fuorviante, che non aiuta a capire la natura di questi movimenti politici. In tutti i paesi occidentali si è creato un



accentuato dualismo sociale che fa crescere l'area dell'esclusione sociale anche tra i ceti medi. Si tratta di un processo di lungo corso che inizia con la folle scelta – che in Francia è stata perseguita con particolare entusiasmo – di de-industrializzare la gran parte delle economie europee e Nord Americane. La vecchia integrazione sociale è crollata e non è stata sostituita con nulla. In questo vuoto il dualismo sociale è diventato un dualismo politico: da una parte le *élites* sociali, politiche ed economiche che hanno cavalcato o al limite solo cercato di controllare gli effetti della globalizzazione e dall'altra i danneggiati senza speranza di questo processo. La nuova centralità della nazione, apparentemente controllabile, difesa dallo Stato e dalla sua sovranità, come risposta a buon mercato a questo dualismo, è diventato dunque il centro di questa reazione di massa, di questa rivolta contro le *élites*, nella quale è stata coinvolta un'Europa troppo spesso insipiente e prona ai grandi interessi economici. La maggior parte dei movimenti definiti frettolosamente populistici si colorano così di un'anti-europeismo e di un nuovo nazionalismo – che si oppone anche a migranti e rifugiati – che si può capire solo nei termini delle categorie e della concezione “*Völkisch*”: cioè di popolo, anti-plutocratica e ostile al parlamentarismo, come il nazionalismo che fu alla base dei fascismi tra le Due Guerre.

In questo scenario qual è secondo lei il futuro della democrazia, in particolare in Italia e in Francia?

Lo credevo poco probabile fino a poco tempo fa, ma risulta sempre più evidente che l'Italia e la Francia sono sull'orlo di una catastrofe democratica, simile a quella che ha già colpito la Polonia. Quello che manca è una vera iniziativa della società civile per creare una civiltà davvero



democratica. Non ci sono movimenti, non ci sono iniziative, ad esempio, di solidarietà verso i migranti, se si eccettuano iniziative come quelle avute in Austria. La parola solidarietà diventa impronunciabile. Insomma, la democrazia non è solo un fatto istituzionale, come pensa la politologia. Senza movimenti, senza conflitti, senza i soggetti, non c'è democrazia. La de-politizzazione è imperante. Manca la consapevolezza che qualcosa di buono si può e si deve fare.

E dell'Europa?

L'Europa è il problema e la risorsa fondamentale che abbiamo per contrastare tutto questo, e non solo. Anche sul piano geostrategico un'Europa più forte e unita è l'unica alternativa che abbiamo di fronte alla crescente aggressività della Russia di Putin – la più grande minaccia che dovremo affrontare in futuro, a dispetto dei tanti allarmismi sul terrorismo. Infine, il disimpegno degli Stati Uniti di Trump, ormai rivolti completamente verso l'asse del Pacifico, verso la Cina, sono un ulteriore rischio e un'opportunità per l'Europa. Il problema è dunque quello di costruire una nuova integrazione europea. E per fare questo c'è bisogno di soggetti e attori all'altezza della sfida, che è quella di una democratizzazione delle istituzioni comunitarie, sospinta dal basso. Oggi dirsi di sinistra vuol dire essere europeisti: senza Europa, anche se un'Europa diversa, di fronte a noi c'è solo l'isolamento, l'irrelevanza, il regresso umano e civile. E certamente le élites globali dell'economia e della finanza sarebbero meno danneggiate dalla fine dell'Europa di quanto non lo sarebbero le classi medie e i ceti popolari.



Cosa ci occorre allora dal punto di vista politico e anche della teoria per fronteggiare al meglio tutte queste sfide?

Oggi ovunque si ragiona come se gli attori sociali, i soggetti con la loro capacità di costruire il mondo, non esistessero: domina scoramento da una parte, determinismo dall'altra, come se ogni cosa fosse un destino inevitabile. Nel campo delle scienze sociali, sia il post-strutturalismo sia il postmodernismo ci consegnano questa visione apocalittica, apparentemente ipercritica ma, in realtà, politicamente ininfluente. Occorre al contrario riarticolare un'iniziativa democratica che parta dal basso, che faccia crescere la consapevolezza e la necessità dell'estensione dello spazio della dignità e dei diritti umani, in modo da non cercare né scorciatoie né facili soluzioni. Noi siamo gli artefici del nostro mondo, e questo mondo non può essere ricostruito in nome di un nazionalismo che esclude ma di un universalismo dei diritti e delle differenze aperto al mondo stesso. In questo senso è molto importante il contributo offerto dalla nuova centralità dei soggetti femminili, strettamente legati a questo universalismo delle differenze.

Qual è il compito delle scienze sociali in questo scenario?

Le scienze sociali devono dare innanzitutto voce a chi non ce l'ha, confrontandosi con l'immenso terreno aperto dall'emergere del tema della dignità, dei diritti umani, delle forme progressive e regressive di mobilitazione collettiva in un mondo globale. Il problema è che le scienze sociali odierne sembrano non essere sopravvissute al processo di totalizzazione: o colgono il frammento o scivolano nel determinismo. Al contrario, lo ripeto ancora una volta, dovrebbero rimettere al centro gli attori sociali e la loro capacità di agire.



Omatakuyassi: la *metànoia* transculturale

di Enrica Tedeschi *

1. Introduzione

Lo scenario socio-culturale delle società complesse, caratterizzato da molteplici conflitti interculturali, sembra reclamare con urgenza nuovi schemi di lettura e nuove chiavi interpretative di quella regione tanto potente quanto sconosciuta che è stata definita in molti modi: sistema delle rappresentazioni collettive (Durkheim 1898), se si vuole porre l'enfasi sulla loro coerenza; immaginario sociale (Moscovici 1991), se si vuole considerare il ruolo di *feedback* riconosciuto agli individui; *latency* (Parsons 1965), se si vuole riconoscere il ruolo dell'inconscio nelle simboliche che affiorano dal corpo sociale; sfera dell'immaginale (Simmel 1989), se si vuole mettere in risalto la zona liminale da cui gli individui attingono immagini archetipali, e che è contigua al sacro.

* Ricercatrice confermata di sociologia generale presso l'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze della Formazione. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).



Questo studio nasce dalla convinzione che l'efficacia delle scienze sociali, nel decrittare gli odierni conflitti interculturali, possa migliorare dirigendo l'interrogazione euristica verso alcuni fenomeni collettivi di rilevanza crescente, sia a livello nazionale che internazionale. Mi riferisco alla diffusione di esperienze spirituali e religiose, i cui protagonisti possono sperimentare inedite pratiche interculturali e acquisire abilità connesse al dialogo fra mondi diversi, tramite la costruzione di reti e flussi di tipo transculturale.

Queste forme di vissuto religioso-spirituale hanno acquisito visibilità al di fuori delle ortodossie monoteiste, e dei modelli religiosi istituzionali-convenzionali. Esse sono state variamente definite, a seconda del frame concettuale in cui sono state inquadrare dagli studiosi: *new age*, nuove religiosità, sette, nuovi movimenti religiosi, *mystical movements*, neosciamanismo, sciamanismo urbano, sciamanesimo di plastica¹, neopaganesimo, *dark green golden age*². Di fatto, qualsiasi pratica religiosa non convenzionale, emersa nel Novecento, è stata etichettata come "nuova" e classificata in un comune contenitore che ne ha appiattito le differenze. Casi di studio di tradizioni lontanissime fra loro, sia nello spazio che nel tempo, sono stati assimilati aumentando la confusione concettuale e rendendo ardui i tentativi di rendere intellegibili gli atteggiamenti e i comportamenti collettivi connotati dalla ricerca spirituale.

¹ Su questa definizione dispregiativa si veda il dibattito italiano fra Flavia Busatta (www.kelebekler.com, già apparso su <http://www.hakomagazine.net>) e Quartilla Eleuteria Pagano (www.kelebekler.com).

² Sulla *dark green golden age*, termine poco noto in Europa, si veda la nota n.4.



Con un'efficace metafora, il "campo" in cui riti e miti extra-istituzionali si cimentano è stato chiamato anche «nebulosa mistico-esoterica» (Champion 1994), una definizione che sottolinea la grande eterogeneità che caratterizza gruppi e movimenti, e che riscontriamo sia nelle simboliche che negli schemi rituali adottati dai praticanti. Inoltre, questa rappresentazione di parte della religiosità contemporanea descrive l'attuale difficoltà delle scienze sociali quando tentano di catturare la ratio del fenomeno, più che la vaghezza o porosità del fenomeno stesso. Nebulosi appaiono, infatti, più gli strumenti euristici a disposizione del ricercatore, che gli etno-metodi, le interazioni simboliche e le condotte di vita dei soggetti osservati. Le dinamiche intercorrenti fra le diverse prospettive del campo religioso lo hanno reso quasi impenetrabile allo sguardo dello scienziato sociale. Per di più, la radicalizzazione dello "scontro di civiltà", inscenato da forze secolarizzate e politicizzate più che religiose, ha contribuito a marginalizzare la cosiddetta "nebulosa" esoterica avvolgendola in un alone semantico di extra-istituzionalità al limite della devianza.

Ritengo che la varietà delle etichette rifletta la sostanziale confusione teorica³ che regna in questo settore di ricerca, il quale si colloca in una regione imprecisata fra la sociologia delle religioni e l'antropologia, ma meriterebbe una maggiore centralità nella sociologia generale e nella so-

³ Confusi e contraddittori sono i concetti di "oriente" e "occidente" che mutano nel corso del tempo e delle vicissitudini, e escludono-includono a seconda della necessità oggetti e contenuti culturali, elementi identitari e confini geografici. Cos'è infatti "oriente" se possiamo includervi anche i nativi americani e cosa è "occidente" quando parliamo di Dioniso o di Orfeo?



ciologia della comunicazione (Pace 2008) per sfruttare le potenzialità euristiche e la funzione esplicativa tipica del fenomeno religioso, in qualità di archetipo del “fatto sociale” in sé.

Una migliore comprensione⁴ delle esperienze religiose, diffuse massivamente dall’inizio di questo secolo, farebbe acquisire alle scienze sociali una maggiore potenza esplicativa sulle dinamiche interculturali in atto nel secolo della trans-nazionalizzazione e della molteplicità dei flussi simbolici (Appadurai 1996; Nederveen Pieterse 2003).

⁴ Questo percorso è tutt’altro che semplice, anche perché lo sfondo teorico che sembra condizionare la scena della ricerca sociale su questi temi sensibili è inquinato da assunti di matrice ideologica, come la “nuova età assiale”, che sono probabilmente all’origine della nebulosità di cui sopra e delle politiche dell’etichettamento superficiale di molte pratiche religiose e spirituali contemporanee. Karl Jaspers aprì la questione a metà del secolo scorso, alimentando quella che Iain Provan definisce “leggenda dell’età assiale”. Questa consisterebbe in una fase storica molto ampia (dall’800 al 200 a.C.), caratterizzata da un radicale riordinamento valoriale, attraverso le tre tappe tipiche dei riti di passaggio individuate da Victor Turner: destrutturazione - crisi - ristrutturazione. Il corollario di questa leggenda, secondo Iain Provan, è la credenza nell’avvento di una “seconda età assiale”, un nuovo ordinamento etico di portata globale, al quale si contrapporrebbero le forze del caos, incarnate dalla galassia dei movimenti neo-religiosi contemporanei, da alcuni studiosi inseriti nella categoria della *dark green golden age* (Taylor 2010).

Nei suoi due libri dedicati al tema (2013; 2014) Iain Provan decostruisce le tre “leggende” dei nostri tempi, che definisce come miti *persuasivi*, dando al termine “mito” il significato moderno e popolare di “credenza infondata e falsa” (2013, 2).

L’Axial Age, la New Axial Age e la Dark Green Golden Age sono connessi da un filo rosso che li collega per emanazione o per contrasto. Dal mito dell’Axial Age deriverebbe quello della New Axial Age, al punto che il primo sembra essere stato concepito proprio per sostenere il secondo. Il terzo mito, quello della Dark Green Golden Age, sarebbe invece in opposizione ai primi due ma, proprio per questo, li presuppone e li legittima entrambi.



Questo saggio si propone di portare maggiore chiarezza su uno specifico oggetto di indagine, che occupa una porzione definita della galassia, o nebulosa, mistico-esoterica: quello delle aggregazioni e/o reti che si richiamano allo sciamanismo. Queste ultime, che non si identificano con le altre forme di spiritualità eterodossa, sono un fenomeno in crescita, in Italia come in altri paesi occidentali. Portare su questa porzione della “nebulosa” lo sguardo attento della sociologia consentirà di fare luce sulle molteplici vie della ricerca del sacro nella società contemporanea.

2. Omatakuyasi⁵: il ritorno dello sciamanismo⁶

Una grossa fetta delle pratiche spirituali non convenzionali può essere aggregata sotto il termine “sciamanismo”, che ha il vantaggio di essere un *in vivo code*⁷: non una definizione degli accademici ma un’auto-

⁵ Il vocabolo – in lingua *nāhuatl*, che appartiene al ceppo uto-atzeco – significa «siamo tutti uno», alludendo all’unità di fondo dell’umanità e alla radice comune, sul piano spirituale, oltre che genetico. Questa sembra essere la credenza comune a tutte le forme di sciamanismo, oltre che la filosofia più diffusa fra i praticanti occidentali e non.

⁶ Il termine «sciamanismo», in questo saggio, è stato preferito a «sciamanesimo», perché è un *in vivo code*, ossia una preferenza lessicale che circola nell’ambiente dello sciamanismo italiano. Il termine è emerso nelle interviste che sto raccogliendo sul campo dal 2014. Secondo alcuni intervistati, il suffisso -ismo (più antico di -esimo) è da preferire, per evitare quell’effetto di alone semantico associato alle religioni istituzionali (come in cristian-esimo).

⁷ Gli *in vivo codes* sono una componente strategica dei mattoni concettuali con cui una metodologia basata sulla *grounded theory* (Glaser e Strauss 1967) costruisce dal basso, cioè dai dati raccolti sul campo, segmenti di teoria.



definizione dei praticanti. Lo sciamanismo dovrebbe catturare l'attenzione della sociologia per almeno due ragioni:

- è attualmente, con ogni probabilità⁸, la sezione più affollata di tutta la “nebulosa mistico-esoterica”, tanto da cominciare ad assomigliare ad un fenomeno “di massa”;
- ha generato una densa attività di ricerca accademica ed extra-accademica, di attività editoriali collegate all'industria culturale e, persino, di attenzione politica⁹.

Alla fine degli anni Sessanta, quando il fenomeno era emergente e non ancora consolidato, Peter Berger (1969) aveva definito “*cognitive minorities*” gli individui e i gruppi dediti a pratiche religiose non istituzionali. La definizione è ancora corretta, anche se il numero delle persone coinvolte è in rapida crescita, ma non è più sufficiente per una comprensione accurata dell'occorrenza sociale.

Negli Usa, le minoranze cognitive sono particolarmente visibili e questo spiega perché gli studiosi americani, a differenza degli europei,

⁸ Non esistono purtroppo dati certi sulle pratiche religiose extra-istituzionali, neppure negli Usa, in cui il fenomeno è stato registrato a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso (mentre in Europa è stato rilevato solo a partire dal 2000, e in Italia è ancora più recente). Tuttavia, per quel che attiene alla situazione americana, possiamo utilizzare come indicatori sociologici della diffusione dello sciamanismo: i resoconti scientifici delle etnografie e delle auto-etnografie della ricerca sul campo, la produzione accademica sotto forma di saggi, articoli, monografie dedicate al fenomeno, l'esistenza di un mercato editoriale dedicato (editori specializzati, riviste specializzate) e, non ultima, la densità dell'argomento sui *social media*.

⁹ Si veda la conferenza tenuta dall' UNESCO a Seul in Corea (1998), in cui lo sciamanismo è stato definito patrimonio culturale dell'umanità.



hanno prodotto analisi articolate, tentativi di classificazione, schemi interpretativi. Attingeremo a questo materiale, considerandolo dal punto di vista sociologico, tenendo conto che le discipline che più si sono spese sul campo sono quelle etno-antropologiche.

3. *Neo-shamanism e core-shamanism*

Una buona parte degli antropologi che hanno studiato la *modern shamanic spirituality* distingue fra due filoni principali, affini ma anche diversi per molti aspetti: il *neo-shamanism* e il *core-shamanism*.

Entrambi gli approcci si fondano sulla credenza nella realtà non ordinaria, e sull'antichissima visione cosmogonica del mondo imperniata sull'*axis mundi* che, agevolando il collegamento fra la terra e il cielo, istituisce i tre mondi in cui si articola l'universo sciamanico: mondo di sotto, mondo di mezzo, mondo di sopra. Il praticante si avventura in questa realtà tripartita, grazie alla "cavalcatura" del tamburo¹⁰, per contattare gli "spiriti", gli "ancestors" e altre forze invisibili e potenti che popolano la dimensione extra-ordinaria. *Neo* e *core-shamanism* condividono l'esigenza di ottenere l'aiuto degli spiriti per la cura delle malattie – psichiche e fisiche – per il mantenimento della salute e il *problem solving*, anche minuto, delle difficoltà che la vita quotidiana costantemente pone all'individuo.

Alcune peculiarità differenziano profondamente lo sciamanismo occidentale dai modelli etnici da cui attinge il *know how*. Le culture tribali

¹⁰ Raffigurati nei quadri di Kandinskij.



pongono grande attenzione sia alla selezione degli sciamani che alle relazioni inter-comunitarie che scandiscono, regolano e controllano nei dettagli la vita individuale. Al contrario, l'adattamento dello sciamanismo al modo di vita occidentale, non può prescindere da una forte democratizzazione e individualizzazione delle pratiche. La rigorosa selezione degli sciamani nativi – tramite forme di iniziazione caratterizzate da forti disagi psichici e fisici – viene sostituita da percorsi aperti a tutti¹¹. Viene, inoltre, dato per scontato che le rigidità della vita comunitaria tipiche delle culture tradizionali non siano compatibili con lo stile di vita occidentale.

Tante affinità non escludono differenze sostanziali anche fra i due modelli di sciamanismo “moderno”: riguardo la teodicea del male, la frequenza e l'importanza dei viaggi sciamanici, la compatibilità con altre tradizioni, la definizione del sottile equilibrio fra immanenza e trascendenza.

La ricerca del *neo-shamanism* può sembrare più panteistica e più interiorizzata di quella del *core-shamanism*, che mantiene un contatto più stretto con le tradizioni native, e conserva una visione meno metaforica della realtà non ordinaria (gli spiriti sono entità esterne, trascendenti, da coltivare come alleati, non allegorie di principi e qualità interiori).

Altre differenze sono implicite nelle tipologie elaborate dagli studiosi per mettere ordine fra i diversi stili adottati dai praticanti. Il parametro principale, in base al quale sono codificati i comportamenti degli aspiranti sciamani, coincide col bisogno di fondo che motiva la loro ricerca, e

¹¹ Molti neofiti abbandonano subito l'esperienza, altri la approfondiscono fino a un certo punto, solo pochi intraprendono un percorso completo. Questi ultimi, spesso, divengono a loro volta conduttori e docenti dei seminari.



che dà senso all'obiettivo di lungo periodo che eventualmente si pongono.

I *followers* (Brunton 2014), detti anche *wannabees* (Townsend 2006) seguono una specifica forma indigena o pseudo-indigena di sciamanismo. Attingono anche a culture *new age* o al neo-paganesimo, creando originali miscele di diverse scuole. Si tratta in genere di persone deluse dalle religioni istituzionali, dalla spiritualità convenzionale, e che si avvicinano ad altre tradizioni per soddisfare il bisogno di spiritualità, inteso più come crescita e benessere personale che come trascendenza. Spesso imitano i nativi nello stile di vita e nell'abbigliamento. Tipicamente, romanticizzano la nuova identità spirituale, enfatizzando i lati positivi della cultura nativa e ignorando quelli negativi. Possono aderire a una comunità con cui identificarsi e, in questo caso, accettano la eventuale presenza di un *leader* carismatico. Hanno bisogno di soddisfare il senso di appartenenza a qualcosa di più ampio della dimensione individuale.

I *pioneers* (Brunton 2014) praticano forme rivisitate o reinventate di sciamanismo. La rivisitazione può consistere in un intervento consapevole sul complesso mitico-rituale nativo, che viene riletto e adattato alla mentalità e allo stile di vita occidentali. Non aderiscono a comunità strutturate, salvo quelle virtuali, e prediligono una comunicazione reticolare basata sull'auto-formazione. Gli *eclectics* sono attratti dai modelli spirituali delle tradizioni native, che combinano in arditi bricolage rituali. Queste forme sincretiche possono includere oggetti culturali provenienti da fonti non native, oppure non sciamaniche. Gli *eclectics* coltivano una filosofia spirituale centrata sul tema della Madre Terra e sulle problematiche ecologiche. Spesso, idealizzano le civiltà del passato, con un immaginario che richiama il mito del buon selvaggio.



Questo quadro simbolico può favorire la tendenza a leggere lo scenario contemporaneo in termini apocalittici, di evoluzione dell'umanità attraverso un passaggio cruciale che preluderebbe a un'era di pace e condivisione, caratterizzata dall'equilibrio universale. Una parte degli *eclectics* è stata definita *modernists* (Townsend 2006), perché utilizza il *bricolage* delle tradizioni in un contesto ideale puramente laico, di *wellness* psico-fisico, senza alcuna aspirazione religiosa o spirituale.

Infine, gli studiosi segnalano un tipo di approccio allo sciamanismo che chiama in causa il ruolo degli accademici e della ricerca scientifica nella "questione sciamanica" (Glass-Coffin e Kiiskeentum 2012). I *conservatives* (Brunton 2014) o *traditionalists* (Townsend 2006) prediligono un modello elaborato da un noto accademico, Michael Harner, dopo una vita di ricerche etnografiche di alto livello compiute in tutto il mondo. Nel *core-shamanism*, la ridefinizione dello schema sciamanico in funzione occidentale è avvenuta in modo rigorosamente scientifico, selezionando forme mitico-rituali comuni a tutte le tradizioni, ed eliminando dall'offerta credenze e liturgie etniche, peculiari a culture specifiche. La selezione operata da Harner si pone nell'alveo culturale aperto dalla famosa ricerca di Mircea Eliade, *Le chamanisme et les techniques archaïques de l'extase* (1951), che ha rivoluzionato la metodologia antropologica in questo campo di studi.

Nel 1980, una data spartiacque, Michael Harner, nato nel 1929, pubblica *The Way of the Shaman*, pubblicizzando la sua proposta di salvaguardia e conservazione dello sciamanismo come bene culturale dell'umanità, tramite la formula del *core-shamanism*: un distillato di pratiche sciamaniche comuni a tutte le tradizioni, epurate dai riferimenti specifici alle culture etniche. Nel 1985, Harner fonda la Foundation for Shamanic Studies, un'accademia che promuove tanto la ricerca etnogra-



fica quanto la diffusione delle conoscenze accumulate, animata da uno spirito che potremmo definire trans-culturale e trans-nazionale.

La caratteristica distintiva di questa operazione culturale consiste nella compatibilità dello sciamanismo con le altre culture e tradizioni, grazie alla definizione di Harner che lo descrive come un *metodo* spirituale di risoluzione dei problemi della vita quotidiana, a favore degli individui e della loro comunità. Secondo questa visione, il set di strumenti di lavoro dello sciamano funziona con qualsiasi regime ideologico-religioso: non occorre credere in uno specifico pantheon di divinità perché le pratiche abbiano l'effetto terapeutico atteso. Questo *corpus* di conoscenze e tecniche non compete con altri sistemi di credenze, ma convive con altre forme di religiosità e spiritualità senza confliggere¹².

Infine, non è possibile ignorare la figura di uno scrittore-studioso atipico, proveniente da ambienti accademici, ma che con la comunità scientifica ha avuto un rapporto contraddittorio. Carlos Castaneda, nato in Perù in una data che non è mai stata definita in modo certo ma che si colloca fra il 1925 e il 1935, diviene cittadino americano alla fine degli anni Cinquanta, all'inizio degli anni Settanta consegue una laurea e un dottorato presso l'Università della California. La sua etnografia si trasforma presto in ricerca personale e storia di iniziazione, *The Teachings of Don Juan: A Yaqui Way*

¹² Se ne può dedurre che lo sciamanismo emergente in occidente può convivere anche con la tradizione laica e che probabilmente questo è un motivo del suo successo. Questa lettura appare confortata dalla diffusione dello sciamanismo in ambienti e professioni di benessere e cura, e anche di ricerca e terapia psicoanalitica e psicologica, come dimostra l'interessante scuola di pensiero che partendo da Carl Gustav Jung, passando per James Hillman, arriva fino a Selene Calloni Williams, che dirige un'accreditata scuola di sciamanismo in Svizzera.



of Knowledge (1968), è un romanzo più che una ricerca strutturata e, di conseguenza, come i successivi 11 libri, non convinse mai il consesso accademico. Convinse, invece, il vastissimo pubblico nazionale e internazionale che aderì alla sua visione del mondo. Sia per iniziativa di Castaneda, sia per meccanismi sociali endogeni, la vicenda di Castaneda è all'origine della nascita di movimenti, gruppi, esperienze di tipo sciamanico, generalmente ascritte alla categoria del neo-sciamanismo.

L'influenza di Castaneda e della figura mitica di Don Juan hanno rappresentato un evento dell'immaginario collettivo occidentale che va molto oltre il percorso umano dello scrittore, avendo coinvolto forse milioni di persone in tutto il mondo. Castaneda ha segnato un'epoca e ha inciso sulla sensibilità religiosa occidentale in un modo molto più ampio, radicale, profondo della codificazione successiva dei suoi insegnamenti ad opera di scuole e discepoli di vario tipo.

Si può affermare che Castaneda e Harner – che si conoscevano ed ebbero diversi scambi di idee, come racconta Harner in *The Way of Shaman* – rappresentano oggi due riferimenti (non antagonisti ma abbastanza polarizzanti) per tutti coloro che si interessano allo sciamanismo e lo praticano. Le loro esperienze, i loro scritti e la loro capacità attrattiva negli ambienti sensibili alla spiritualità sciamanica hanno prodotto, pur nelle differenze di metodo e di visione, due movimenti culturali, dai confini osmotici e porosi, ma ben definiti. La proposta di Harner, incarnata nella ricerca etnografica, attrae coloro che sono propensi a cogliere l'essenza mitico-rituale comune a tutte le forme sciamaniche. Al contrario, le esperienze di Castaneda, cresciute intorno al nucleo della tradizione maya-tolteca, sono confluite in una sua personale visione e proposta, la *tensegrità*, che molti nel mondo oggi seguono con attenzione.



I casi di Harner e di Castaneda aprono un capitolo che qui è impossibile trattare perché troppo ampio: non è raro che il rapporto fra l'antropologo e l'oggetto della sua ricerca si trasformi radicalmente¹³, invertendo le parti. Un archetipo di questa situazione è narrata nel libro di

¹³ Un'intervista raccolta sul campo conferma questa tendenza. Dice Lorenza M., 68 anni, docente FSS: «Per me l'incontro con lo sciamanismo è coinciso con la possibilità di ritornare all'università e realizzare il mio sogno di diventare antropologa. Nel giugno del 1980, durante un soggiorno a New York, scoprii che Michael Harner, del quale conoscevo alcune pubblicazioni, insegnava antropologia in una piccola università privata. Non ebbi alcun dubbio sulla strada da prendere. Quell'incontro, non del tutto fortuito, diede una svolta decisiva e una nuova direzione alla mia vita. All'inizio pensavo che si trattasse soltanto della logica convergenza dei miei studi precedenti in Italia e delle esperienze (sciamaniche) che avevo fatto in Messico qualche mese prima. Col tempo capii che le nostre scelte non dipendono solo da noi, ma anche dai 'piani' che gli spiriti hanno in mente per noi affinché possiamo realizzare al meglio il nostro destino.

Nel corso dei miei studi in antropologia, ho partecipato ad alcuni *workshop* di *core-sciamanismo* condotti da Harner (al di fuori dall'università) e, per molti anni, ho partecipato agli incontri di un cerchio di tamburo che si riuniva periodicamente a Brooklyn. A quel tempo gli studi antropologici avevano la priorità e lo sciamanismo rappresentava soprattutto una pratica spirituale personale, ma per me quegli incontri erano sempre il momento più atteso della settimana. Dopo aver conseguito il mio Ph.D. nel 1990, ho inutilmente cercato lavoro con le organizzazioni internazionali, prima negli Stati Uniti e poi in Italia. Per anni mi ero preparata per lavorare come antropologa nei programmi di medicina di comunità in America Latina, ma a causa di vari fattori questa possibilità non esisteva in quel momento. Per quanto cercassi, tutte le porte si chiudevano, una dopo l'altra. Tutto è cambiato nel 1997, quando Michael Harner mi ha incaricata di insegnare in Italia per la sua Foundation for Shamanic Studies (nel frattempo avevo tradotto in italiano il suo libro, *La via dello sciamano*).

Quindi, sì, l'incontro con il *core shamanism* ha cambiato profondamente la mia vita. Mi ha portata a realizzare delle cose che non avrei mai immaginato anni prima, e mi ha resa più consapevole dell'intreccio sottile tra le nostre decisioni e l'intervento degli spiriti per condurci lungo un sentiero spirituale».



Marcel Griaule *Dieu d'eau, entretiens avec Ogotemmêli* (1948), in cui l'antropologo francese, studiando la cultura dei Dogon, entra in un rapporto iniziatico col suo informatore, Ogotemmêli, e ne diventa un discepolo. Questo quadro etnografico è interessante, oltre che dal punto di vista degli individui coinvolti, dal punto di vista delle culture a confronto. La cultura accademica, quintessenza di quella occidentale, in determinate condizioni entra in una relazione di complicità con le culture studiate. Parafrasando il titolo di Kurt H. Wolff, *Surrender and Catch: Experience and Inquiry Today*, potremmo affermare che la scienza occidentale, disposta ad arrendersi pur di poter catturare l'oggetto della conoscenza, talvolta ne viene catturata.

Lo sforzo tipologico degli studiosi, e il loro tentativo di portare ordine nella nebulosa mistico-esoterica, è importante e fornisce molti spunti di grande interesse. Tuttavia, volendo esplorare il territorio sciamanico in Europa, e in particolare in Italia, ritengo più utile partire da una prima classificazione sociologica di base fra *gruppi strutturati* e *reti fluide* (Townsend 2006).

I primi sono aggregazioni comunitarie, i cui confini sono ben definiti da un preciso sistema dottrinale. Al loro interno emerge fatalmente una *leadership* in grado di garantire una relativa porosità di detti confini, e capace di attrarre soggetti desiderosi di essere eterodiretti, o semplicemente guidati nelle esperienze fruibili entro il recinto comunitario. In queste formazioni tende a prevalere, utilizzando una categoria weberiana, il carisma d'ufficio. Si tratta di forme organizzative più tradizionali, che tendono a riproporre una formula di religiosità consolidata nella storia delle religioni, anche se con contenuti "reinventati" o nuovi.



Le reti, più innovative, riflettono (o, persino, anticipano) le tipiche configurazioni contemporanee della comunicazione, dominate dalla mobilità di persone, simboli e oggetti culturali (Appadurai 1996). La partecipazione degli individui si misura in flussi, intercettando i transiti piuttosto che le permanenze. Il coinvolgimento dei soggetti è intermittente, provvisorio, e sperimenta una certa continuità solo nella dimensione virtuale. L'impatto del carisma è fluido, disimpegnato, perché ogni rete tende a sciogliersi per formare altre reti, in una costante mutazione. Come in ogni rete, ci sono dei nodi, punti d'incontro ed elaborazione delle esperienze, che sono anche s-nodi, luoghi di scambio, ridefinizione, inversione di marcia. I nodi – eventi di aggregazione momentanea – sono la chiave per comprendere il percorso del praticante, che si costruisce progressivamente attraverso una catena di seminari della durata tipica di quarantott'ore, che possono essere o non essere collegati dal punto di vista dei contenuti e della conduzione e che, di solito, non prevedono una rigorosa propedeuticità, anche perché organizzati nell'ambito di approcci, scuole di pensiero, metodologie diverse e non necessariamente compatibili. I seminari sono indipendenti l'uno dall'altro, i soggetti interessati sono liberi di costruire il proprio itinerario di conoscenza e autoformazione in modo del tutto autonomo.

La congruenza fra le diverse offerte seminariali è faccenda che riguarda esclusivamente il singolo fruitore, che di volta in volta aggiunge un frammento di esperienza-conoscenza al suo personale *bricolage* spirituale. In un contesto del genere è praticamente impossibile che vengano generati *leader* in grado di consolidare la loro influenza per più di quarantott'ore, anche se un conduttore di seminari si costruisce nel tempo una reputazione, che coltiva rendendo i suoi seminari sempre più ap-



passionanti. Tuttavia, una forma di influenza così episodica e fragile non permette la cristallizzazione di nessuna *leadership*.

Non è un caso dunque se la categoria con la quale molti studiosi hanno descritto tali pratiche è l'*individualismo*, termine tecnico che non esprime un giudizio di valore ma che registra solamente un tipo di comportamento già ben identificato dalla sociologia: Troeltsch (1931) predisse l'avvento di movimenti spirituali sincretici, animati da una classe media colta, in cui sarebbero stati i singoli a costruire autonomi percorsi formativi.

Secondo la maggior parte degli studiosi, lo sciamanismo contemporaneo di matrice occidentale (*modern shamanic spirituality*) – nel senso che si riferisce ai contenuti dello sciamanismo storico, tradizionale ed etnico, ma non si identifica totalmente con esso – va collocato prevalentemente in questo modello culturale, connotato da una fruizione "individualista" delle pratiche e dalla ri-costruzione delle conoscenze in percorsi personali.

Queste considerazioni chiariscono anche il significato di *keyword* come «risveglio» o «ritorno», che gli antropologi associano alle neopratiche sciamaniche osservabili sul campo (Noel 1997; Bahnish 2001). Le ricerche etnografiche, infatti, mettono in luce la dimensione della reinvenzione e del recupero dei saperi e dei poteri delle antiche culture¹⁴, rivisitate in funzione della mentalità e degli stili di vita occidentali.

¹⁴ Lo sciamanismo etnico viene attualmente definito più che altro *urban shamanism*, poiché rappresenta una forma di sopravvivenza delle tradizioni native, che inevitabilmente oggi vengono praticate in regioni urbanizzate.



4 .Le culture sciamaniche in Italia: una ricerca

I.

Le pratiche sciamaniche hanno iniziato a diffondersi negli Usa e in Canada nelle ultime due decadi del secolo scorso. Successivamente, sono stati interessati altri paesi, fra i quali l’Australia, la Germania, la Francia, la Svizzera, l’Inghilterra, la Norvegia. Da circa quindici anni, l’offerta di sciamanismo, anche in Italia, è cresciuta e ha raggiunto una discreta visibilità sociale, segnalata da un certo “movimento” nella letteratura specialistica e sul piano dell’attenzione mediatica ed editoriale.

È recente la pubblicazione di un lavoro che offre una testimonianza significativa degli spazi che il fenomeno sciamanico comincia a conquistarsi nell’immaginario collettivo. La ricerca, di impianto storico-religioso, curata da Luca Arcari e Alessandro Saggioro si intitola: *Sciamanesimo e sciamanesimi. Un problema storiografico*. Si tratta di un libro documentato e approfondito, che adotta un approccio multidisciplinare, rileggendo mitologie antiche e classici come Eliade, de Martino e Lévi-Strauss alla luce di una epistemologia contemporanea.

Il Centro studi sulle nuove religioni (Cesnur) dedica attenzione al fenomeno, raccogliendo informazioni su alcuni gruppi e movimenti, senza fare distinzioni fra *neo-shamanism* e *core-shamanism*. Le schede analitiche collocano una grande varietà di esperienze nella “corrente neosciamanica”, alle cui origini viene posta la vicenda letteraria e aggregativa di Carlos Castaneda. I gruppi che praticano lo sciamanismo in Italia sono considerati nella stessa categoria della neo-stregoneria e del neopaganesimo. L’Enciclopedia delle religioni in Italia (Introvigne e Zocca-



telli 2013) esplora dettagliatamente le religioni istituzionali o storiche, nella loro varietà e complessità, soprattutto quando hanno una antica tradizione sul nostro territorio, oppure quando sono parte integrante del bagaglio religioso che i migranti portano con sé. Mostra, però, una certa reticenza o imbarazzo nel prendere in considerazione tradizioni come la Wicca o le diverse scuole sciamaniche, nella misura in cui queste sono intercettate da una platea italiana come alternative all'offerta della chiesa cattolica.

Quelli citati sono indicatori di un'attenzione che va crescendo, ma che ancora non ha prodotto indagini scientifiche, etnografie sul campo, raccolta capillare di dati quantitativi e/o qualitativi.

La ricerca etnografica che conduco nell'ambito del Dipartimento di Scienze della formazione di Roma Tre, non è ancora conclusa, ma sono già in grado di fornire alcuni dati e alcuni spunti per una riflessione sociologica¹⁵.

¹⁵ Ho iniziato a fare osservazione sul campo nel 2014, adottando la tecnica dello *shadowing* (Tedeschi 2011). A un ritmo di un seminario ogni tre mesi, ho partecipato a 12 seminari e numerosi "cerchi sciamanici" in varie località italiane. Ho interagito con circa 250 persone, tra i 25 e i 70 anni, in prevalenza donne, con una presenza maschile che si aggira intorno all'1%. Come nelle ricerche compiute nei paesi anglofoni, anche in Italia il *target* individuato è quello di una classe media acculturata e *well educated*. Ho tenuto colloqui informali, i cui resoconti ho registrato nelle *fieldnotes* e nel diario di campo. Inoltre, ho raccolto 12 interviste di profondità (*life stories*) con testimoni privilegiati. Sui testi raccolti sto ancora lavorando tramite il software NVivo, con la tecnica della *grounded theory*, particolarmente utile per lo studio dei processi culturali.

Nella raccolta della maggior parte delle interviste, è stata determinante la collaborazione della dr.ssa Lorenza Menegoni, antropologa professionista e docente della Foundation for Shamanic Studies. Nel campo della spiritualità sciamanica – come del resto nel campo religioso in genere – la presenza femminile supera di gran lunga quella ma-



Ho inquadrato lo sciamanismo come un sistema di pratiche e credenze, ma anche come una forma di comunicazione (Pace 2008) che si confronta, da un lato, con il pensiero laico, dall'altro, con le religioni convenzionali. Nel corso dell'osservazione sul campo, ho dato massima attenzione ai *vissuti spirituali* degli attori sociali. Ho elaborato questa categoria di analisi perché efficace, come dimostrano sia gli studi sulla *lived religion* di Robert Orsi¹⁶ e David D. Hall¹⁷ sia quelli sulla *lived experience*

schile. La testimonianza di Alessandra Comneno (scrittrice, fondatrice dell'Associazione culturale Chakaruna, *counselor* ed esperta in molte discipline di auto-conoscenza e di aiuto), mostra aspetti rilevanti di questa realtà. «Per ricevere gli insegnamenti che mi offrivano con saggezza e semplicità le Donne Medicina dei popoli nativi dell'America Latina che ho eletto come educatrici, ho dovuto aprire il cuore e ascoltare, con innocenza e stupore, il messaggio tramandato di bocca in bocca, di generazione in generazione, quello che le antenate chiamano *l'eredità che ha radici* e che, come una freccia, arriva diretta all'anima. [...] In tutte le antiche tradizioni, come nello sciamanesimo, la qualità femminile è considerata selvaggia o non addomesticabile, indomabile, sensuale, magica ma soprattutto pericolosa e misteriosa. L'energia empatica che la donna è in grado di sviluppare con le forze della Madre Terra, il suo appartenere a una ciclicità naturale che segue il ritmo della Luna e delle maree, rivela le innate qualità che incarna. Lei è infinita capacità creativa e trasformativa, potere innato generativo, è connessione totale con lo spirito di tutte le cose, è forza indescrivibile che le permette di superare cambi repentini, ostacoli, traumi e avversità. Potremmo definire una donna, per il suo legame con l'intero creato e per la sua predisposizione a rigenerarsi in esso, un frammento puro, in veste umana, della Natura viva che la circonda» (Comneno 2015, 11-13).

¹⁶ Robert Orsi (2003) usa il termine *lived religion* con l'intento di includere nell'osservazione sociologica il lavoro compiuto dagli stessi attori sociali come interpreti e narratori delle loro esperienze. Si tratta d'una tecnica di *storytelling*, che si fonda sulla raccolta di narrazioni e storie, oltre che sull'osservazione dei comportamenti e delle azioni sociali.

¹⁷ David D. Hall (1997) definisce la *lived religion* come radicata nell'osservazione sociologica, ossia nello studio del contesto e dei contenuti generati dalle pratiche religiose, e dal flusso di pensieri correlati che si manifestano nella vita quotidiana.



di van Manen (1997)¹⁸. Il concetto di vissuto spirituale si riferisce ai mondi vitali sperimentati nel quotidiano e permette di ricostruire il *set* di significati che i soggetti traggono dalle esperienze personali e intersoggettive. Il concetto consente di bypassare le opposizioni istituzione/movimento e chiesa/setta, concentrando l'osservazione scientifica sui percorsi concreti e sulle pratiche collettive.

Quanto alla scelta di definizioni e classificazioni, ho scelto di utilizzare le auto-definizioni degli attori sociali che la *grounded theory* tratta come *in vivo codes*. Questa tecnica è particolarmente utile nella ricostruzione dei processi sociali e delle sequenze nelle quali si articola una determinata attività. Il processo che emerge dai dati è quello di un progressivo mutamento di coscienza negli individui che si avvicinano al mondo della spiritualità sciamanica. Tecnicamente, si tratta di una vera e propria *metànoia*¹⁹, caratterizzata dalla destrutturazione della configurazione precedente della coscienza, della transizione verso una visione alternativa della posizione dell'uomo nell'universo e, infine, dalla ristrutturazione del campo coscienziale (Tart 1969; Turner 1969) in un nuovo ordine etico e cosmologico.

¹⁸ Il concetto di *lived experience* di van Manen (1997) è collegata alla categoria di mondo vitale. Di tradizione fenomenologica (Husserl), esso è il mondo della quotidianità, che lo studioso può intercettare prima di concettualizzarlo, basandosi sulla propria esperienza personale e sul proprio personale vissuto. Van Manen articola il concetto in tre sub-categorie più operative: *lived body*, *lived time*, *lived space*, *lived human relations*.

¹⁹ Il vocabolo *metànoia* (μετάνοια) indica un mutamento del pensiero, un atto interiore, ma anche il gesto esteriore, reverenziale verso l'immagine sacra. Il mutamento di pensiero e d'intenti riguarda, quindi, la devozione e l'atteggiamento nei riguardi del sacro.



Il principale ostacolo, tuttora insuperato, consiste nell'impossibilità di quantificare il fenomeno, come del resto accade anche negli Usa e negli altri paesi coinvolti²⁰. Possiamo, però, prendere atto che la percezione degli intervistati, dei testimoni e degli osservatori è che l'offerta sciamanica vada progressivamente crescendo e che, nel complesso, migliaia di persone siano coinvolte, sia pure in modo intermittente e sporadico.

Nel corso della ricerca, ho potuto verificare che non ci sono rigidi steccati fra le varie tradizioni²¹. Esiste infatti un fitto dialogo interculturale tra i diversi soggetti che propongono esperienze religiose, ed esiste un "popolo" interessato a fruirne con modalità più spesso inclusive che esclusive. Grazie a questa circolarità, che caratterizza l'attuale scenario del sacro in Italia, ho potuto intercettare persone che si avvicinano a una varietà di tradizioni, pur avendone scelta una specifica, come percorso principale e progetto di vita, al quale affiancano approfondimenti e arricchimenti disponibili in altre tradizioni.

Nella diversità delle credenze e dei metodi, ho notato una condivisione di fondo su alcuni punti:

²⁰ Nei paesi anglofoni o non intensamente cattolici, esiste una maggiore disponibilità di dati, riferiti però a realtà molto più strutturate delle reti sciamaniche, come per esempio le congreghe Wicca, che sono in grado di quantificare i loro *adepti*.

²¹ La maggior parte dei seminari che ho potuto seguire sono stati organizzati: dalla Foundation for Shamanic Studies (docente: Lorenza Menegoni) e dall'Associazione culturale Chakaruna (diretta da Alessandra Comneno). Oltre a questi due filoni principali, ho partecipato a seminari o "cerchi" tenuti da: Luigi Jannarone, Gavin Bone, Tempio di Ara, Associazione culturale Argiope, Grazia Sole Innocenzi, Associazione Viaggiatori d'intento, Associazione Spazio interiore.



a) è opportuno che l'umanità operi una revisione radicale della sua relazione con il pianeta e con l'universo;

b) qualsiasi credo o pratica ha valore ed è da considerare patrimonio dell'umanità, ma esiste un *background* comune a tutti i credi, uno sfondo metafisico cui tutte le dottrine attingono, pur articolandolo in modi diversi.

Al "popolo dei seminari" sembra che l'animismo, come erede delle forme più antiche, sia la radice comune, compatibile con tutti i sistemi mitico-rituali. Questo pensiero sotterraneo mi è sembrato essere alla base della ampia circolazione degli individui fra esperienze diverse, incardinate in teorie e simbologie apparentemente lontane nel tempo e nello spazio. La circolazione delle simboliche e delle liturgie rende disponibili, come possibili opzioni, tutte le soluzioni culturali, rituali e mitologiche che l'uomo ha incontrato/costruito per rispondere alla domanda di senso, per formulare teodicee, per progettare percorsi di iniziazione. La vanificazione dei limiti e dei confini dello spazio-tempo, attuata dalla trans-nazionalizzazione, ha generato comunità transculturali, stanziali o virtuali (Levitt 2001), di cui le reti attivate da queste moderne forme di spiritualità sembrano un esempio adeguato. Dalla codificazione dei dati è emerso che i vissuti spirituali possono, in quasi tutti i casi, essere qualificati come *transculturali*.

II.

La categoria della *metànoia transculturale* è emersa dall'elaborazione dei dati con il software NVivo. Partendo dalla codificazione base (*open*



coding), si sono progressivamente evidenziate categorie sempre più astratte (*axial coding*), fino alla *core category* che è appunto quella indicata.

Al livello dell'*axial coding*, una concettualizzazione intermedia, sono emerse cinque categorie assiali, che contengono l'elemento della spiritualità e della transculturalità in modi diversi. La prima, denominata "*cambiamento coscienziale*", è la più densa (presente nel 41% delle codifiche) e si riferisce all'immaginario e al sistema di credenze che sostiene la *metànoia*. Si articola in quattro sub-categorie.

a. "*Armonia con l'universo e la natura*": riguarda la percezione di un cambiamento profondo che i soggetti sperimentano riguardo la loro posizione rispetto al "tutto", intendendo con questo soprattutto la "madre terra" e l'universo intero.

Dice Luisella D., 57 anni, impiegata, praticante di *core-shamanism*:

Coinvolgendo le persone a me più vicine e allargando sempre di più il cerchio, propongo loro soluzioni alternative a quelle cercate di consueto. Soprattutto, cerco di far capire loro che noi tutti siamo co-creatori con l'Universo. Questo sentimento di unione rafforza la consapevolezza del valore di tutta la vita e promuove lo sviluppo delle capacità psichiche e spirituali di ciascuno. Credo che, come praticanti sciamanici, possiamo fare molto per introdurre nuovi valori nella nostra cultura e per riaffermare e rendere nuovamente attuale quello che dai tempi antichi gli Antenati di tutte le Nazioni hanno cercato di tramandare con saggezza e umiltà.

b. "*Etica*": definisce un cambiamento radicale nello stile di vita, ma ancor più nella considerazione del proprio destino umano e nella coltivazione dell'umiltà e dell'accettazione dei propri limiti.



Dice Paola C., 45 anni, mediatrice culturale, praticante dell'Associazione culturale Chakaruna:

Contemporaneamente, una domanda si fa strada dentro di me al galoppo e mi rode come un tarlo, è una domanda etica: ma se io posso entrare in contatto con la natura al punto di influenzarla e addirittura di guarire le persone, qual è il limite che mi pongo? Non c'è il rischio che io usi questo potere in modo inappropriato o ingiusto? Non c'è il rischio che il potere mi dia alla testa, che io creda, che io mi illuda, che io diventi in un futuro una "ciarlatana"? E qual è l'ordine delle cose che andrebbe rispettato? Cosa ne sappiamo noi? C'è un ordine delle cose?

c. *"Integrazione fra ragione e intuizione"*: riguarda il lavoro di integrazione delle proprie parti interne e la valorizzazione degli aspetti più istintivi e meno cerebrali.

Dice Nello C., 55 anni, ingegnere e docente di *core-shamanism*:

Dopo aver frequentato il seminario base di *core shamanism*, 18 anni fa, la mia vita si è aperta. Provenivo da una formazione razionale, come ingegnere, dalla quale per anni non ero mai riuscito a smuovermi. Con l'accesso ai mondi invisibili, e soprattutto con l'incontro con il mio Animale di Potere (*nda*: nella simbolica sciamanica, l'animale di potere è una energia vitale strettamente connessa alla salute psico-fisica dell'individuo), si è aperta una stagione completamente nuova della mia vita. Ho ritrovato una parte importante di me stesso, quella parte intuitiva che sa connettersi con la mia immaginazione, le mie emozioni e con il mio cuore. Da quel giorno mi sono sentito completo, più consapevole e fiducioso che posso sempre essere in sintonia con la mia anima, con la mia esistenza finalmente più piena.



d. *“Mondi invisibili”*: si riferisce alla scoperta della realtà non ordinaria, ai processi del mondo sottile, al cambiamento di prospettiva che procede dalle esperienze con *“gli spiriti”*.

Sara T., 36 anni, *counselor* ed educatrice di *core-shamanism*:

Possiamo considerare l'essere umano come una moneta: esso possiede un lato fisico/materiale e un lato non fisico/spirituale. Con lo sciamanismo ci si può prendere cura di quest'ultimo, aiutando le persone a riconoscere anche l'aspetto spirituale di traumi, malesseri e malattie.

Racconta Grazia I., 53 anni, imprenditrice, iniziata al Tempio di Ara, wicca sciamanica:

Già dai primi incontri del Tempio di Ara ho percepito con chiarezza una nuova energia, magica e intensa che mi ha permesso dal primo momento di andare nel mio *“mondo di sotto”* con dei metodi sciamanici a me familiari. Dopo un percorso di pratiche sciamaniche congeniali alla mia natura selvaggia e ribelle, trovarmi in una tradizione così raffinata, moderna ma nello stesso tempo così antica, non poteva che essere un grande dono! In pochi mesi mi sono accorta di aver finalmente trovato quello che stavo cercando, una realtà dove la magia è possibile, un luogo dove poter cambiare la propria vita e per riflesso la vita circostante, uno strumento per capirmi e capire gli altri attraverso la guarigione.

Le altre macro categorie definiscono pratiche sciamaniche che hanno un duplice ruolo: in parte, attivano il mutamento di coscienza che rende intellegibile la tripartizione sciamanica dei mondi; in parte, rappresentano la logica conseguenza della *metànoia*. La seconda categoria, *“responsabilità*



verso gli altri, comunità e società”, pesa per il 20% nelle codifiche ed è in netto contrasto con la diffusa interpretazione dell’ambiente sciamanico come un *milieu* “individualista”. La pratica dell’auto-osservazione, la cura delle qualità etiche, la ricerca personale sono strettamente collegate all’idea che, nella dimensione non ordinaria e non visibile della realtà, l’uomo può operare dei mutamenti concreti. In questa visione delle cose, il lavoro interiore si trasforma plasticamente, producendo effetti visibili e misurabili nel mondo ordinario. Curarsi dentro, allora, vuol dire anche curare il fuori, nel tentativo di portare un po’ di equilibrio in un mondo percepito come una realtà molto malata e danneggiata. La cura di sé – secondo la tipologia che oppone asceti e mistici nella sociologia weberiana – non è vissuta come “fuga dal mondo” ma come intervento “intramondano” (Weber 1968).

Le due sub-categorie assiali confermano questa lettura.

a. *“resistenza contro l’autodistruttività del mondo contemporaneo”*: definisce atteggiamenti e comportamenti che si oppongono alle culture del materialismo, coltivando il senso di responsabilità verso gli altri esseri e verso le sfere sociali di cui si è partecipi, rafforzando il peso della comunità e/o della società, anche se intese in un modo reticolare e virtuale, non necessariamente legate a un sito specifico.

Dice Lina R., 45 anni, impiegata, praticante di *core-shamanism*:

Penso che il mondo abbia sempre più bisogno di luce e di nuova speranza, credo che con l’esempio dei nostri comportamenti si possano attuare dei cambiamenti, ogni giorno della nostra vita possiamo scegliere chi essere e come comportarci. A volte è difficile, anch’io mi sento affranta e perfino impotente, come se mi trovassi in prima linea a lottare contro delle chimere, ma



poi ritrovo il mio centro e la mia armonia, magari con un semplice tambureggiamento o con un canto. E sentirsi parte di una rete più grande che ci unisce tutti, aiuta a superare gli ostacoli e dona la forza necessaria per continuare il cammino insieme.

Racconta Paola C., 45 anni, mediatrice culturale, praticante dell'Associazione culturale Chakaruna:

Il ruolo che posso avere io? Penso di poter aiutare se accetto di cambiare me stessa, se approfondisco la mia conoscenza e la mia capacità di percezione, se pratico uno stile di vita sostenibile, il più possibile frugale e non orientato al consumo, collaborativo nei confronti degli altri esseri umani. Penso in definitiva di poter contribuire attraverso la mia pratica quotidiana a tutto ciò che mi circonda: il sistema sociale (attraverso la ricerca di relazioni basate sulla reciprocità, il rispetto, la solidarietà, il dialogo, la pratica di forme di comunicazione pacifiche e aperte alle diversità, la ricerca e il sostegno a forme di organizzazione sociale alternative, non basate sul profitto, sull'individualismo, sullo sfruttamento), l'ambiente (promuovendo la sensibilità dei miei figli, entrando in un contatto sempre più profondo con la natura, consumando poco e occupandomi attivamente di minimizzare la mia impronta ecologica), le persone (attraverso la vicinanza, l'ascolto, l'amore incondizionato, la conoscenza dei miei limiti, la pratica nel non giudizio, la pulizia e la cura attenta dell'energia che porto personalmente in questo mondo e che contribuisco a creare attorno a me...). *Se, come le antiche culture ci insegnano, tutto è uno, posso agire su tutto, agendo su di me.*

b. *"tolleranza interculturale, transculturalità"*: definisce l'apertura incondizionata verso le altre tradizioni e lo spirito transculturale che ignora distinzioni e paletti legati allo spazio-tempo.



Sara T., 36 anni, counselor ed educatrice di *core-shamanism*:

Si tratta di un lavoro inclusivo, com'era nelle antiche comunità: lo sciamano era immerso nella vita concreta della sua gente e si faceva carico dei suoi problemi, contattando il mondo spirituale per chiedere l'aiuto compassionevole degli spiriti. Grazie al suo approccio transculturale e alla sua enfasi sul metodo, il *core shamanism* può essere applicato alla vita quotidiana in maniera semplice e spontanea; inoltre, può essere praticato da chiunque, credenti e non credenti, come pure da persone che seguono altri percorsi spirituali.

Le ultime tre macro-categorie segnalano esperienze centrali e temi sensibili del percorso sciamanico, e sono affrontati dagli intervistati con comprensibile riservatezza.

Le “tecniche di guarigione” (tema presente nel 16% delle codifiche), sono collegate all'attività principale degli sciamani, tradizionali e moderni. Entrambi ritengono inutile e insensato coltivare la disciplina pertinente senza la prospettiva di potersi applicare ai molteplici tipi di guarigione che fanno parte del repertorio.

Racconta Carla Z., 61 anni, praticante di *core-shamanism*:

La mia vita è stata contrassegnata da molti abbandoni che mi hanno lasciato un dolore profondo. Ho vissuto molte esperienze in cui la sofferenza è stata una costante compagna di viaggio. Esperienze e dolore che si possono ritrovare in ogni persona, in ogni storia. Ho cercato in continuazione qualcosa che mi permettesse di sanare le mie ferite e questo mi ha portato a sperimentare molte vie: quella meditativa, creativa e psichica. Quando ho incontrato il *core shamanism*, ho avuto la sensazione di 'tornare a casa' e di ritrova-



re finalmente le parti mancanti del mio essere. Ho potuto sentire l'interesse, la forza e il potere della mia anima, e ho potuto vederne la bellezza. Forse per questi motivi, le problematiche dell'anima e della sua perdita sono la parte del core shamanism che ha subito risuonato di più in me. L'essenza, chiamata anima, che fa esperienza del mondo attraverso il corpo fisico è luce, gioia, amore, e la connessione con essa ci permette di crescere e vivere con saggezza e stabilità. Ma quando un evento traumatico entra violentemente nella nostra vita, l'anima perde la sua forza e coesione e parti di essa si allontanano per proteggersi dal dolore, lasciando dietro di sé sensazioni di disagio, separazione e frammentazione. Ne derivano confusione, insicurezza, fatica, vuoto e, per sanare quelle ferite, le persone esploreranno molte vie per ritrovare quella forza vitale che sentivano di avere prima. La perdita dell'anima, o più esattamente la perdita di parti dell'anima, non è un'esperienza rara nella nostra società, spesso sentiamo dire cose come: "mi sento vuoto, estraneo e alienato dal mondo, ho perso un pezzo di me stesso, ecc.". L'esperienza con il recupero dell'anima – *nda*: set di rituali specifici (Ingerman 2001) il cui apprendimento è piuttosto complesso e di cui l'intervistata è esperta – ha cambiato la mia vita; mi ha aiutata a riconoscere e a ritrovare quell'energia vitale che avevo perso ancora prima di nascere. Mi ha permesso di iniziare un percorso di recupero della mia luce e del mio potere. Da allora la mia parte creativa ha manifestato, giorno dopo giorno, una nuova realtà e ho ritrovato la fiducia in me stessa e nelle mie visioni.

Il *"problem solving nella vita quotidiana"* (presente nel 16% delle codifiche) si riferisce alla funzione pragmatica del viaggio sciamanico e della relazione con gli "spiriti", ma anche con i "maestri", che suggeriscono metodi per risolvere i problemi della quotidianità, oppure offrono mappe della realtà per facilitare itinerari di crescita.



Dice Vanth, 53 anni, modellista, praticante di *core-shamanism* e coordinatore del gruppo Pagan Pride Italia:

Il paganesimo era la mia vita anche prima di averne consapevolezza. Dalla più tenera infanzia mi ero reso conto che la religione in cui mi si voleva educare non era quella che mi poteva dare le risposte che cercavo. Viceversa, il confronto con la storia e le mitologie antiche non faceva che fornirmi sempre nuovi spunti di riflessione e mappe per conoscere il mondo che mi circonda. È stato semplicemente come tornare a casa.

La “*relazione con la morte e il mondo dei morti*” definisce la funzione di psicopompo dello sciamano, che rientra nei compiti di cura e guarigione, perché si rivolge alle anime dei trapassati, al rapporto con gli antenati. Il tema occupa uno spazio relativamente limitato (8%), probabilmente perché non tutti riescono a misurarcisi adeguatamente e perché richiede sensibilità più raffinate e talenti più specifici. Nelle tradizioni etniche, la relazione con l’aldilà è la qualità più apprezzata dalle comunità, che affidano agli sciamani il difficile ruolo di mediatori fra i mondi e di guide dei morenti verso le vie della trascendenza. I praticanti moderni mostrano una familiarità di fondo con la morte che contrasta con i modelli culturali dominanti, che rimuovono la conclusione della vita dall’orizzonte delle possibilità. L’accettazione della contiguità col mondo dei morti è un aspetto dell’abilità sciamanica nell’integrare il diverso, lo sconosciuto, il mistero, la paura. La capacità inclusiva allarga la dimensione della comunità a tutte le anime che abitano un territorio (situato o virtuale), sia che si tratti di uomini, piante, animali o morti. E anche stranieri.

Racconta Anna B., 62 anni, impiegata, praticante di *core-shamanism*:



Nel quotidiano, è un porre l'attenzione in modo differente, è un ascoltare e guardare in modo diverso o, per dire meglio, da un'altra angolazione; è un pensare e agire in termini di celebrazioni, rituali o pratiche di recupero dell'anima o dell'animale. Da questa prospettiva, si vedono altre motivazioni ai comportamenti delle persone e al fluire della vita o degli eventi. Si accompagnano i morenti con una consapevolezza diversa. Si chiede scusa per i torti che la natura subisce. Si è grati e si gode delle piccole cose, di quello che si ha, si dona, si riceve, si vede o si sente (per esempio, la vista di un tramonto mentre si fanno fotocopie, un sorriso in autobus, ecc...). Si prova gratitudine. Si Sacralizza il quotidiano, senza lunghi rituali vuoti imposti dall'alto o da lontano, ma con semplici gesti adatti a noi. Si ringrazia e questo dà pace all'animo. Si allarga l'orizzonte del sentire e del fare. Aumenta la creatività e ci si sente utili. Ci si prende cura della natura e della città dove si vive.

5. Conclusioni

L'osservazione di quella parte della "nebulosa mistico-esoterica" che, in Italia, si riferisce allo sciamanismo, tradizionale e/o contemporaneo, conferma solo in parte le analisi degli studi internazionali. Per esempio, ritengo sia applicabile al caso Italia la distinzione fra gruppi strutturati e formazione di reti che favoriscono una comunicazione mobile e fluida. Al contrario, una rigida separazione fra neo-sciamanismo e core-sciamanismo appare piuttosto forzata. Anche le tipologie che distinguono nettamente i comportamenti degli "eclettici" e dei *wannabees* da quelli dei "pionieri" e dei "tradizionalisti" o "conservativi" non sono chiarificatrici e illuminanti circa la realtà italiana, probabilmente perché in Italia



il fenomeno è più recente, non ha avuto modo di sedimentarsi e articolarsi come negli Usa e in Canada.

Nell'attraversare questo particolare mondo vitale, è stata utile la guida concettuale di "vissuto spirituale", trasversale alle diverse opzioni e interpretazioni del cammino esoterico, e sciamanico soprattutto. Seguire e ricomporre i vissuti, nella loro duplicità singolare e corale, ha messo in luce le affinità più che le differenze, lasciando emergere uno sfondo comune dell'immaginario entro cui si muove il "popolo dei seminari". Affiora, a mio parere, il racconto di una transizione culturale profonda in atto nel Paese. Si sta profilando all'orizzonte un mutamento radicale della sensibilità e della mentalità collettive, una rottura *événementielle* – che potrà apparire improvvisa, come negli studi di Michel Vovelle (1986), ma non certo inattesa. Il termine classico di *metànoia* rappresenta adeguatamente il fenomeno.

La nuova sensibilità in divenire ci parla di un mondo animato, e dotato di senso proprio in quanto animato; di una società-comunità legata a un territorio, non solo situato ma anche virtuale e multi-situato; di un pianeta che è da difendere, resistendo alle molteplici aggressioni della specie umana. Forse, siamo di fronte a un fenomeno collettivo permeato da una filosofia post-umanista (Marchesini 2009), che vuole ricondurre l'uomo a una preziosa componente del mondo, che tuttavia non può essere l'unica a deciderne le sorti. Una preziosa componente del mondo, non il suo padrone.

Come già detto, il tema della morte è il meno citato nelle interviste. Tuttavia, nel corso della mia osservazione, ho potuto riconoscere la consapevolezza di essa come supporto implicito di tutte le pratiche. Non come un incubo da rimuovere, ma come una certezza rassicurante.



L'idea che la saggezza venga a noi da tempi immemori, dagli antenati, da chi ci ha preceduto e veglia senza distrarsi un attimo sui suoi discendenti, è l'idea di fondo dello sciamanismo, che attinge dai morti coraggio e talenti necessari per fronteggiare la vita quotidiana. La comunità dei viventi include le piante, gli animali e gli spiriti della terra, che fatalmente sono in gran parte gli antenati, i morti.

A partire da questa pratica, che è la struttura portante del modello di vita sciamanico, sono costruite tutte le altre potenziali vie interculturali. Mentre uno sciamanismo tradizionale è impensabile senza uno stretto collegamento con il territorio, lo sciamanismo moderno lavora in un territorio multi-situato, frutto della relazione fra regioni diverse del pianeta. Se lo sciamano etnico è mediatore fra il mondo dei vivi e quello dei morti, lo sciamano moderno è anche mediatore e ponte fra diverse culture.

Ci sono ponti nel tempo, come i gruppi che si richiamano al paganesimo e che si relazionano a culture vive soltanto sui libri di storia; o come la wicca sciamanica, che riattualizza una tradizione europea antica, già soffocata dalle religioni istituzionali. Ci sono ponti nello spazio, come Chakaruna di Alessandra Comneno, che mantiene saldamente i rapporti con lo sciamanismo maya-tolteco, ancora attivo in Messico; o come la Foundation for Shamanic Studies di Michael Harner, che interviene attivamente nella protezione e nel consolidamento dei saperi di cui sono portatori i nativi americani.

L'impegno interculturale di queste realtà si traduce in flussi di persone e simboli, che la letteratura contemporanea sulla globalizzazione annovera fra gli aspetti significativi del grande cambiamento epocale. La costruzione di reti e di snodi, come nelle altre sfere della società (economia, politica), ha prodotto una ridefinizione radicale del concetto di cul-



tura, che polverizza quei muri che la politica si ostina inutilmente ad erigere, e si rinnova in una *trans-cultura*: un'aggregazione meticciosa ed ibrida di oggetti, stili di vita, interazioni. Facendosi ponti tra mondi diversi e costruendo esperienze trans-culturali, le realtà osservate svolgono anche una funzione pro-attiva nel corpo sociale. Esse forniscono appigli, sostegni filosofici ed esperienziali che fortificano le persone, rendendole più capaci di reagire alle difficoltà della vita, ivi comprese quelle generate dalla anestetizzazione delle coscienze e dalla crisi di democrazia che affligge lo scenario internazionale.

Coltivando la responsabilità per la propria comunità, non fondata sul sangue ma sull'intento, lo sciamano cerca soluzioni ai problemi concreti della gente. I suoi viaggi sono esplorazioni di un mondo invisibile che non ha pantheon predefiniti, né mappe predisposte, e neppure dogmi, autorità o gerarchie. Lo sciamano esercita un potere che non è né economico né politico, ma spirituale. Nella cornice valoriale delle ideologie oggi vincenti, il suo può essere visto come un comportamento di resistenza (Foucault 1977), magari inconsapevole, che si oppone al *mainstream* dominante, sempre più connotato dall'asservimento al cosiddetto pensiero unico.



Bibliografia

Arcari L. e Saggioro. A. (cur.) (2015), *Sciamanesimo e sciamanesimi. Un problema storiografico*, Roma: Nuova Cultura.

Bahnish, M. (2001), *Sociology of Religion in Postmodernity: Wicca, Witches and the Neo-Pagan Myth of Foundation*, Tasa Conference, The University of Sidney, 13-15 December.

Berger, P. (1969), *A Rumor of Angels*, Garden City, New York: Doubleday.

Brunton, B. (2014), *The Reawakening of Shamanism in the West*, in *Shamanism Annual*, 27: pp. 24-29.

Castaneda C. (1968), *The Teachings of Don Juan: A Yaqui Way of Knowledge*, Berkeley: University of California Press.

Champion, F. (1994), *La Nébuleuse mystique-ésotérique. Une décomposition du religieux entre humanisme revisité, magique, psychologique*, in J.B. Martin e F. Laplantine (cur.), *Le Défi magique. I. Esotérisme, occultisme, spiritisme*, Lyon: Presses Universitaires de Lyon, pp. 315-332.

Comneno, A. (2015), *Custode del fuoco sacro. Lo sciamanesimo e l'energia femminile. Le Donne Medicina raccontano...*, Milano: Anima ed.

Durkheim, E. (1898), *Représentations individuelles et représentations collectives*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 6(3): 273-302.

Eliade, M. (1974), *Lo sciamanismo e le tecniche dell'estasi*, Roma: Mediterranee (or.: 1951).

Foucault, M. (1977), *Microfisica del potere: interventi politici*, a cura di A. Fontana e P. Pasquino, Torino: Einaudi.

Glaser, B. e Strauss, A. (1967), *The Discovery of the Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago: Aldine.



Glass-Coffin, B. e Kiiskeentum (2012), *The Future of a Discipline: Considering the Ontological/Methodological Future of the Anthropology of Consciousness, Part IV: Ontological Relativism or Ontological Relevance: An Essay in Honor of Michael Harner*, in *Anthropology of Consciousness*, 23 (2): pp.113-126.

Griaule M. (1948), *Dieu d'eau: entretiens avec Ogotemmêli*, Paris: Pierre Palpant.

Hall, D.D. (ed.) (1997), *Lived Religion in America: Toward a History of Practice*, Princeton: Princeton University Press.

Harner, M.J. (1980), *The Way of the Shaman: A Guide to Power and Healing*, New York: Harper and Row.

Harvey, G. (ed.) (2014), *The Handbook of Contemporary Animism*, London: Routledge.

Ingerman, S. (2001) *Il recupero dell'anima*, Latina: Crisalide (or.: 1991).

Introvigne, M. e Zoccatelli, P. (dir.) (2013), *Enciclopedia delle religioni in Italia*, Torino: Elledici.

Levitt, P. (2001), *The Transnational Villagers*, Oakland: University of California Press.

Van Manen, M. (1997), *Researching lived experience: human science for an action sensitive pedagogy*, London: The Althouse Press.

Marchesini, R. (2009), *Il tramonto dell'uomo: la prospettiva post-umanista*, Bari: Dedalo.

Moscovici, S. (1991), *La fabbrica degli dèi. Saggio sulle passioni individuali e collettive*, Bologna: il Mulino (or.: 1988).

Nederveen Pieterse J. (2003), *Globalization and Culture: Global Mélange*, Lanham: Rowman & Littlefield.

Noel, D.C. (1997), *The Soul of Shamanism*, New York: Continuum.



Orsi, R.A. (2003), *Is the Study of Lived Religion Irrelevant to the World We Live in?*, in *Journal for the Scientific Study of Religion*, 42 (2), pp. 169-174.

Pace, E. (2008), *Raccontare Dio. La religione come comunicazione*, Bologna: il Mulino.

Parsons, T. (1965), *Il sistema sociale*, Milano: Comunità (or.:1951).

Provan, I. (2013), *Convenient Myths. The Axial Age, Dark Green Religion, and the World That Never Was*, Waco: Baylor University Press.

Provan, I. (2014), *Seriously Dangerous Religion: What the Old Testament Really Says and Why It Matters*, Waco: Baylor University Press.

Simmel, G. (1989), *Sociologia*, Milano: Comunità (or.:1908).

Tart, C. (1969), *Altered States of Consciousness*, New York: Wiley.

Taylor, B.R. (2010), *Dark Green Religion: Nature Spirituality and the Planetary Future*, Berkeley: University of California Press.

Tedeschi, E. (2011), *Il giaguaro e la tigre. Narrazioni, interazioni, culture*, Matera: Altrimedia.

Tedeschi, E. (2014), *Tra una cultura e l'altra. Lo stato dell'arte nella sociologia interculturale*, Padova: Cluep.

Townsend, J.B. (2006), *Individualist Religious Movements: Core and Neo-shamanism*, in *Shamanism*, 19 (1): pp. 14-19.

Troeltsch, E. (1931), *The Social Teaching of the Christian Churches*, tr. Olive Wyon, 2 vols., Louisville-London: Westminster John Knox Press, (or.: 1912).

Turner, V. (1969), *The Forest of Symbols: Aspects of Ndembu Ritual*. Ithaca, New York: Cornell University.

Vovelle, M. (1986), *La Mentalité révolutionnaire: société et mentalités sous la Révolution française*, Paris: Éd. Sociales.

Wallis, R.J. (2003), *Shamans/Neo-Shamans: ecstasy, alternative*



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno VII, n. 1, 2017

data di pubblicazione: 31 maggio 2017

Osservatorio sociale

archaeologies, and contemporary pagans, London: Routledge.

Weber, M. (1968), *Economia e società*, Milano: Comunità (or.: 1922).

Wolff, K.H. (1976), *Surrender and Catch: Experience and Inquiry Today*,
Reidel: Dordrecht & Boston.



Abstract

Omatakuyassi: Trans-cultural metànoia

The effectiveness of the social sciences, in the understanding the today's intercultural conflicts, can improve studying the phenomenon of the shamanism, that has assumed an increasing importance both to national level and international. The apprentices are, in fact, in contact with mythical-ritual complexes of intercultural nature, thanks to which they can acquire connected ability to the dialogue among different cultures. They can also build trans-cultural nets and flows.

Spread in the Usa, in Canada and in other countries of western culture, these practices have acquired visibility in Italy from the beginning of this century. A sociological research in progress has begun to explore this particular vital world, with the method of the grounded theory, with the purpose to reconstruct the lived spirituality and the trials of the shamanic activities.

From the analysis of the data, the story of a deep cultural transition emerges in action in the Country. A radical change of the sensibility and the mentality is upcoming, that as trans-cultural metànoia can be framed. Putting in communication different worlds, and building trans-cultural experiences, observed realities develop an important function in the social body. They furnish philosophical and emotional support to the people and the communities, that will be able of resistance to the mainstream of the dominant culture and of the unique thought.

Keywords: Neo-shamanism, core-shamanism, interculturality, transculturality, globalization.



La fenice nera della democrazia: per una fenomenologia della tortura *

di Emanuele Rossi **

*L'uomo è l'indistruttibile
che può essere infinitamente distrutto.*
M. Blanchot

Ha scritto David Le Breton, in un saggio di qualche anno fa, che «la tortura è la pratica dell'orrore a tempo pieno» (Le Breton 2007, 196). Una pratica crudele e disumana che richiama alla mente mondi arcaici, scenari premoderni, contrassegnati da una violenza e una crudeltà senza fine. Una vera e propria barbarie che il progresso della civiltà avrebbe inevitabilmente cancellato e ridotto ad uno spiacevole quanto sfumato ricordo. Insomma, la tortura appare nell'immaginario collettivo come la

* Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).

** Ricercatore confermato di Sociologia generale presso l'Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Scienze politiche.



manifestazione estrema dell'inumanità degli esseri umani, una pratica con cui credevamo di non dover avere più nulla a che fare perché condannata ad essere sepolta per sempre negli oscuri abissi della storia. In realtà - per usare un'espressione di Michel Foucault - come una luce che arriva da un altro luogo e da un altro tempo (Foucault 2009), la tortura è rimasta una presenza costante nella storia dell'umanità; un'anomalia che ha saputo attraversare i secoli, aggirando ogni tipo di divieto e di proibizione, presentandosi come una vera e propria «costante della storia umana».

Lo dimostra Donatella Di Cesare in un interessante saggio dal titolo *Tortura* (Di Cesare 2016), in cui evidenzia la presenza inquietante di questa pratica che sembra ormai dilagare ovunque e per questo non può più essere considerata un relitto del passato, qualcosa che può essere facilmente confinato nel tempo e nello spazio. Al contrario, si tratta di un fenomeno che «affiora prepotentemente dal passato e minaccia di avere un futuro» (Ivi, 17), non solo nei regimi dittatoriali ma anche e soprattutto all'interno delle nostre democrazie¹. Dove, nonostante la condanna ufficiale, «la tortura continua a essere esercitata dietro le quinte, in luoghi chiusi al pubblico, dove il rituale, affidato ad agenti che si muovono all'ombra del potere statale, si compie in modo tale da poter essere ricu-

¹ «Per misurare l'ampiezza attuale del fenomeno – scrive Di Cesare – basta leggere i dati forniti da *Amnesty International* – nel 2015 sono almeno 122 i paesi che hanno torturato – e seguire il flusso di notizie che giungono non solo dai teatri di guerra, dai campi profughi, dai sotterranei delle dittature, ma anche dai penitenziari, dalle carceri e da tutte le strutture di internamento dei paesi democratici. Ne viene fuori una mappa, ampia e spettrale, che spinge a parlare di globalizzazione della tortura», (Di Cesare 2016, 18).



sato, smentito, negato» (Ivi, 27) e dove ogni giorno di più, in nome di una presunta guerra al terrore globale, si è pronti a giustificarla, a legittimarla e non per ultimo a riabilitarla forti della convinzione che «nella “guerra contro il male” tutto è permesso; anche il ricorso a mezzi illegali» (Ivi, 42).

Ma è nel momento stesso in cui la tortura torna al centro del dibattito pubblico che essa riacquista rinnovata linfa ed energia manifestandosi in tutta la sua virulenza, calpestando i diritti e la dignità degli esseri umani². Si tratta di un dibattito articolato e complesso che prende forma, specialmente in America, con il coinvolgimento di intellettuali, giuristi, filosofi, esponenti del mondo accademico e che Donatella Di Cesare ricostruisce con estrema chiarezza, confrontando e analizzando le ragioni dei nuovi adepti della tortura i quali, pur partendo da posizioni diverse, sembrano convergere su un'unica convinzione e cioè che la condanna della tortura non sembra essere più unanime.

Di particolare interesse appaiono all'interno di questa discussione gli orientamenti di Thomas Nagel e di Micheal Walzer. Il primo riconduce tutta la questione, sulla necessità di ricorrere o meno all'uso della tortura, all'interno di un vero e proprio dilemma morale che si gioca tutto sullo scontro tra due posizioni: quella “assolutista” e quella “utilitarista”. La posizione “assolutista” rappresenta il modo di vedere la realtà da parte di chi “non transige sui principi” per cui l'uccisione e la tortura di un altro essere umano sono considerate, indipendentemente dalla

² Sul problema della dignità nella società contemporanea vedi Antonelli e Rossi (2014).



drammaticità degli eventi e delle circostanze, una “proibizione assoluta”. Al contrario, la posizione “utilitarista” si presenta come l’atteggiamento di chi vuole “massimizzare il bene e minimizzare il male” e per far ciò è pronto ad agire concretamente, sacrificando se stesso e la propria etica «sull’altare del male minore» (Ivi, 52). Attraverso questo modo di procedere Thomas Nagel lascia in eredità – secondo Di Cesare – due argomenti centrali per il dibattito americano intorno al problema della tortura: «quello delle mani sporche e quello del male minore» (Ivi, 53).

E proprio al dramma delle “mani sporche” e del “male minore” fa riferimento Micheal Walzer, il quale è convinto che «nessuno può riuscire in politica senza sporcarsi le mani». Questa consapevolezza apre la strada alla figura di un torturatore particolare, una sorta di “torturatore nobile” che, di fronte ad una situazione imposta dall’urgenza e dalla necessità, è pronto a prendere su di sé tutta la responsabilità morale del caso accettando, per la difesa del bene comune, di sporcarsi le mani scegliendo la strada del male minore. Solo a quest’uomo, che è perfettamente cosciente del male che è costretto a commettere, può essere affidata la decisione eccezionale di far ricorso alla tortura, una pratica – continua Walzer – pur sempre illegale a cui si può ricorrere solo in caso di necessità e di emergenza.

Un ulteriore sviluppo di queste posizioni è rappresentato dalla riflessione del liberal-democratico Alan Dershowitz, il quale – come scrive Di Cesare – «ha colto lo spirito del tempo e interpretato l’esito dei sondaggi, dando voce ad un giudizio diffuso nell’opinione pubblica americana dopo l’11 settembre» (Ivi, 57). Dershowitz è convinto che fra le scelte drammatiche che una democrazia dovrebbe compiere vi è anche quella della tortura, considerata un male inevitabile quando si è in guerra con-



tro il terrore. Facendo appello al freudiano “principio di realtà”, Dershowitz afferma che è tempo di riconoscere senza mezzi termini che anche gli stati democratici utilizzano la tortura. Probabilmente la praticano dietro le quinte o all’interno dei cosiddetti “luoghi oscuri della democrazia” e quando ciò accade l’unica cosa che resta da fare è quella di tentare di regolare il ricorso a questa pratica affinché non sfugga di mano e non generi abusi. Qui – scrive Di Cesare – «la figura tragica del torturatore nobile lascia il posto a un più asettico ‘mandato’ di tortura. Il termine usato da Dershowitz è *warrant*, cioè autorizzazione giudiziaria, garanzia legale» (Ivi, 58).

In altri termini, giacché lo Stato ricorre alla tortura è necessario che lo faccia in modo legale e perciò la decisione deve essere affidata a un giudice o a un’autorità. Di conseguenza, «pur essendo un male moralmente ingiustificabile, la tortura diventa qui una pratica politicamente legittima e legalmente corretta» (Ivi, 60).

Con il suo modo di ragionare Dershowitz – sottolinea Di Cesare – finisce per giustificare la tortura chiedendone apertamente la legalizzazione, contrapponendosi di fatto alla sua condanna universale da parte della cultura occidentale avvenuta subito dopo la seconda guerra mondiale. Come emerge dalle analisi di Donatella Di Cesare, un elemento che sembra essere alla base delle differenti teorie che riflettono attorno al problema della tortura è quello dell’eccezionalità della situazione per cui sarebbe proprio l’eccezione³, lo stato di necessità a far sì che la tortura sia

³ Sullo stato di eccezione come paradigma di governo vedi Agamben (2003).



spesso scelta come un male minore⁴. Questa situazione di eccezionalità è ben rappresentata dal dilemma della bomba a tempo (*ticking bomb*) a cui l'autrice dedica particolare attenzione proprio perché si tratta di uno scenario che possiede una forza dirompente soprattutto all'interno delle società democratiche e per questo non può essere in alcun modo sottovalutato. Tanto è vero che molte delle richieste di legalizzare la tortura si basano proprio sui drammatici scenari costruiti o meglio immaginati della bomba a orologeria.

Si tratta di situazioni estreme come può essere, per esempio, quello di un imminente attacco terroristico che minaccia di causare la morte di decine o centinaia di persone. Ed è proprio l'eccezionalità di tale situazione a giustificare l'uso della tortura al fine di estorcere dal presunto terrorista più informazioni possibili in modo da evitare una terribile strage. Di fronte alla concreta e realistica possibilità di salvare tante vite umane diventa impossibile – come sottolinea Di Cesare – opporre un netto rifiuto nei confronti della tortura. La conseguenza di tutto ciò è che «la storia del *ticking bomb* rende accettabile, all'interno di una società improntata al liberalismo democratico, l'ipotesi che lo Stato torturi, che divenga, anzi, legale, in alcune circostanze eccezionali, la tortura di Stato» (Ivi, 74).

Ma è a questo punto che l'autrice ci mette in guardia sul carattere fantasioso e per certi versi inverosimile degli scenari costruiti sul dilemma della bomba a tempo che tanto hanno influenzato il dibattito americano

⁴ Ha scritto Hannah Arendt a tal proposito: «Sul piano politico la debolezza dell'argomento è stata sempre evidente: coloro che scelgono il male minore dimenticano troppo in fretta che stanno comunque scegliendo il male» (Arendt 2010, 30-31, cit. in Di Cesare 2016, 65).



sul problema della tortura. Si tratta, infatti, di scenari che nella realtà dei fatti non si riferiscono a un attentato in particolare o a una situazione realmente accaduta, piuttosto appaiono come rappresentazioni immaginarie simili a veri e propri prodotti della *fiction*⁵. In altri termini – scrive Donatella Di Cesare – «nelle sue innumerevoli e differenti versioni lo scenario del *ticking bomb* appare un prodotto della fantasia. I “fatti” riportati, se considerati con attenzione, non sono neppure plausibili. L’intera situazione è costruita su presupposti inverosimili e assurdi» (Ivi, 75). Se è vero tutto questo, ha ancora un senso torturare il terrorista per disinnescare la bomba? O meglio, ricorrere ad una violenza estrema capace di umiliare, offendere e mortificare la dignità umana?

La tortura – sottolinea Di Cesare – è una pratica che si nutre dell’eccesso e attraverso la «potenza della propria dismisura» (Escobar 2012) è in grado di sottrarsi ad ogni ordine e ad ogni norma, spalancando in questo modo la “vertigine dell’inumano”. Una situazione estrema quindi che prende forma «quando il torturatore tocca la sua vittima e ne cancella l’alterità» (Di Cesare 2016, 93). È in questo preciso momento che si apre uno spazio inedito tra la vita e la morte al cui interno si muovono solo due protagonisti: da un lato vi è «la vittima inerme, nell’onta della

⁵ «Alla banalizzazione della tortura, nel dibattito americano, hanno contribuito in misura determinante le immagini – non tanto quelle delle fotografie e dei documentari, quanto quelle dei film e delle *fiction*: dalla serie televisiva *24 hours chrono*, per la quale è stato giustamente inventato il genere *torture porn*, al film di James Bond *Casino Royale* del 2006 o al discusso *Zero Dark Thirty* del 2012. Così il pubblico americano ha potuto seguire per anni, con entusiasmo, le gesta dell’agente-eroe che tortura il terrorista per il bene comune. È lo spettacolo della tortura che fa di una abiezione un indispensabile rito di passaggio verso una umanità superiore» (Di Cesare 2016, 50).



sua umiliazione, dall'altro il carnefice trionfante, nell'apoteosi della sua sovranità.

Nulla è consentito alla vittima, tutto è possibile al carnefice» (Ivi, 20), il quale può agire in maniera implacabile sul corpo del torturato, un corpo annichilito dal dolore e martoriato dalla sofferenza, ridotto ad un oggetto passivo nelle mani del proprio carnefice che agisce sulla "carne" del torturato con precisione chirurgica⁶ cercando di non oltrepassare mai quel sottile limite che conduce inevitabilmente alla morte. Perché la morte della vittima metterebbe immediatamente fine a quell' "effetto di ritorno"⁷ (Simmel 1978) fulcro di ogni rapporto di dominio, in base al quale «ridurre l'altro alla nuda impotenza dà un senso di illimitato potere» (Ivi, 112). Una situazione questa che tanto piacere e godimento procura al carnefice⁸. E tuttavia, è proprio all'interno di quel complicatissimo "effetto di ritorno" che prende forma un'abilità tutta "inumana", un'abilità

⁶«Il carnefice – scrive Di Cesare – opera secondo il freddo meccanismo di causa e effetto. Calcola e misura procedendo con consolidata perizia, distaccata impassibilità, sordide abnegazione. E mentre lavora a quel corpo nudo, legato e immobile, assapora soddisfatto il suo potere, quella espansione di sé, proporzionale al contrarsi del corpo della vittima. L'apoteosi è raggiunta quando non resta che carne», (Di Cesare 2016, 116).

⁷«L'agire o il soffrire, lo stato positivo o negativo dell'altro, – scrive Simmel – si presenta al soggetto come un prodotto della sua volontà» (Ivi, 39).

⁸ Sulle stesse posizioni David Le Breton, il quale afferma: «Ma la tortura non punta solo a strappare la confessione o a martirizzare, procura al carnefice il godimento sottile di tenere la vittima alla sua mercé, di esercitare un dominio assoluto sul corpo, sulla sua intimità, sulla sua dignità, se non sulle sue convinzioni. Risveglia un fantasma di onnipotenza che nelle sue manifestazioni è qualcosa di elementare, dal momento che la tortura è la traduzione di un modo immediato di colpire l'altro in profondità» (Le Breton 2007, 196).



che solo gli esseri umani sono stati in grado di sviluppare e cioè quella «di immaginare quel che l'altro immagina, di temere quel che l'altro teme, di provare quel che l'altro prova, per infliggere nel modo più incisivo, grazie a questa empatia rovesciata e parossistica, la sofferenza sulla pelle altrui»⁹ (Ivi, 109).

Per questo la tortura è annientamento¹⁰, è il modo con cui il carnefice occupa in maniera definitiva “il mondo della vittima” spingendo il torturato a vivere l'esperienza della propria morte. Si tratta di un'esperienza drammatica, quella stessa esperienza che ha scandito le ore e le giornate dei deportati nei campi di sterminio dove – come ha scritto Franco Cassano – «il potere può tutto» (Cassano 2012, 29).E tuttavia, pur esistendo una solidale contiguità tra queste drammatiche forme di violenza, la tortura – secondo Di Cesare – non può essere in nessun modo considerata un tratto essenziale della *Shoa*. Essa «a ben guardare – scrive l'autrice – non fa parte integrante né del genocidio, né dello sterminio» (Di Cesare 2016, 105). La ragione di tutto ciò può essere rinvenuta nel fatto che nello sterminio di massa, così come nel genocidio, non è previsto nessun faccia a faccia tra il torturatore e la sua vittima. Nello

⁹ Da un punto di vista sociologico è in atto quel meccanismo che G.H. Mead ha descritto con la nozione di *interazione con il sé* e cioè la capacità che l'individuo ha di immedesimarsi con l'altro allo scopo di poter meglio orientare la propria azione. (Mead 1966).

¹⁰ Ha scritto David Le Breton a tal proposito che «la tortura mette di fronte a qualcosa di peggio della morte, rende desiderabile il suicidio per sfuggire a una morsa che è morale e fisica. Aprendo nel corpo la breccia permanente dell'orrore, la tortura provoca l'implosione del senso d'identità, una frantumazione della personalità che premia talora con il successo le manovre del torturatore: denuncia, rinuncia, tradimento, vergogna, follia» (Le Breton 2007, 199).



sterminio «tutto si svolge come una catena di montaggio, in modo rapido, efficace»¹¹ per cui il singolo «scagliato fra le mura di un inferno indecifrabile» (cfr. Cassano 2012, 41), come quello del Lager, non ha nessun valore ed è pertanto destinato a morire, insieme agli altri, di una morte anonima¹². In altri termini, nello sterminio viene meno qualsiasi tipo di rapporto con la figura del carnefice, una figura centrale nella fenomenologia della tortura a cui Di Cesare dedica particolare attenzione, restituendoci nei fatti una vera e propria anatomia del torturatore.

Attraverso quattro ritratti di torturatori che in tempi diversi hanno macchiato con il loro “istinto di morte” la storia dell’umanità, l’autrice, pur riconoscendo l’impossibilità di tracciare un archetipo del torturatore, riesce a individuare alcuni elementi che, pur se con intensità diversa, accomunano le figure di Torquemada – «il cui nome è legato a un numero ancora oggi imprecisato di vittime imprigionate, umiliate, torturate, messe al rogo» (Di Cesare 2016, 122) – del generale dell’esercito Paul Aussaresses, simbolo della tortura francese in Algeria, di Kang Guek Eav, detto Duch, protagonista indiscusso della macchina di morte dei

¹¹ Ha scritto Hannah Arendt riferendosi all’inferno dei campi di sterminio: «Non morirono come individui, uomini e donne, bambini e adulti, ragazzi e ragazze, buoni e cattivi, belli e brutti, ma vennero ridotti al minimo comun denominatore della vita organica stessa, sprofondati nell’abisso più profondo e cupo dell’uguaglianza originaria. Morirono come bestiame, come materia, come cose che non avevano più né corpo né anima, nemmeno un volto su cui la morte potesse apporre un sigillo» (Arendt 2006, 50).

¹² Ha scritto Giorgio Agamben a tal proposito: «Prima ancora di essere il campo della morte, Auschwitz è il luogo di un esperimento ancora impensato, in cui, al di là della vita e della morte, l’ebreo si trasforma in musulmano, e l’uomo in non-uomo» (Agamben 2012, 47).



Khmer Rossi e di Adolfo Scilingo, uno dei carnefici della dittatura di Videla. Figure diverse in cui però è possibile individuare almeno tre elementi che caratterizzano la loro esperienza di torturatori: l'«adesione convinta a un progetto ideologico, la missione di purificare, l'impegno di distruggere» (Ivi, 135).

Sono questi elementi che hanno reso i carnefici – descritti da Di Cesare – «sovrumanamente inumani» (Mazzeo 2013, 13) e cioè figure “enigmatiche” e “perverse” che, senza mai rinunciare a guardare la propria vittima negli occhi, sono staticapaci di spezzare qualsiasi tipo di «legame del torturato con ciò che lo vincola all'umanità» (Di Cesare, 2016, 96). Ed è proprio spingendo la vittima nello spazio del non-umano che è possibile esercitare quella violenza estrema che «chiude la bocca, riduce al silenzio, consegna all'oblio» (Ivi, 142). È questa la triste sorte di Giulio Regeni, dei manifestanti e dei giornalisti picchiati selvaggiamente dalle forze dell'ordine alla Scuola Diaz durante il G8 di Genova, dei migliaia di *desaparecidos* argentini scomparsi durante i voli della morte, dei prigionieri di Guantànamo e di Abu Ghraib, di tutti quei rifugiati che, privi di cittadinanza, restano in balia del potere.

In questo drammatico elenco che conferma che la «tortura deborda, eccede la storia» (Ivi, 17), appare paradossale il caso dell'Italia che, non avendo ancora riconosciuto il reato di tortura, «lascia spazio a una segreta pratica, dietro le quinte, che corrode profondamente la fiducia nella democrazia» (Ivi, 88). Il libro di Donatella Di Cesare apre uno spiraglio, rompe il silenzio e lo fa invitandoci a guardare il volto più intimo ed oscuro del potere. E solo dopo aver visto «nessun occhio – come ha scritto Roberto Escobar – può continuare ad essere innocente» (Escobar 2006, 96).



Bibliografia

- Abamben, G. (2003), *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Agamben, G. (2012), *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Anders, G. (2014), *Dopo Holocaust*, 1979, Torino: Bollati Boringhieri.
- Antonelli, F., E. Rossi (cur.) (2014), *Homo dignus. Cittadinanza, democrazia e diritti in un mondo in trasformazione*, Padova: Cedam.
- Arendt, H. (2006), *Antologia. Pensiero, azione e critica nell'epoca dei totalitarismo*, Milano: Feltrinelli.
- Bauman, Z. (2013), *Le sorgenti del male*, Trento: Edizioni Erickson.
- Cassano, F. (2012), *L'umiltà del male*, Bari: Laterza,
- Di Cesare, D. (2016), *Tortura*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Escobar, R. (2006), *La libertà negli occhi*, Bologna: Il Mulino.
- Escobar, R. (2012), *Eroi della politica. Storie di re, capi e fondatori*, Bologna: il Mulino.
- Foucault, M. (1993), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino: Einaudi.
- Foucault, M. (2009), *La vita degli uomini infami*, Bologna: Il Mulino.
- Foucault, M. (2016), *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano: Feltrinelli.
- Le Breton, D. (2007), *Antropologia del dolore*, Roma: Meltemi.
- Marzano, M. (2013), *La morte come spettacolo*, Milano: Mondadori.
- Mead, G. H. (1966), *Mente, Sé e società*, Firenze: Barbera.
- Simmel, G. (1978), *Il dominio*, a cura di Carlo Mongardini, Roma: Bulzoni.
- Sofsky, W. (1996), *Saggio sulla violenza*, Torino: Einaudi.



Abstract

The Black Phoenix of Democracy: a Phenomenology of Torture

Torture is an extreme manifestation of the inhumanity of human beings. A cruel practice that we believed had disappeared because it had been condemned to be buried forever in the dark depths of history. However, in reality, as evidenced by Donatella Di Cesare in her recent book entitled *Tortura*, it has remained a constant presence in human history that threatens to trample on the rights and dignity of human beings while undermining the pillars of our democracies.

Keywords: torture, violence, dignity, rights, democracy.

