



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.



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.



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).



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



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 della 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.



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 tratteggiati 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-



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-



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



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.



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



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.



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



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 supermazza 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



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.



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.



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.