



# 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 pace<sup>1</sup>, principio supremo dell'ordinamento<sup>2</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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-



stregua di strumento di offesa alla libertà dei popoli<sup>3</sup> e quale mezzo di risoluzione delle controversie internazionali<sup>4</sup>.

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».

<sup>2</sup> «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).

<sup>3</sup> «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».

<sup>4</sup> 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.).



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" (Ronziotti 1993, 17 ss.), cioè «lotta armata tra due o più Stati»<sup>5</sup>, attualmente, non si può negare che di stato di guerra<sup>6</sup>

<sup>5</sup> 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».



e/o di crisi (interna e/o internazionale)<sup>7</sup> possa parlarsi anche con riferimento a eventi<sup>8</sup> che, pur non essendo ontologicamente equiparabili alle operazioni belliche in senso proprio intese<sup>9</sup>, ben possono richiedere la mobilitazione delle forze militari (e civili) per garantire la stabilità dell'ordine costituito<sup>10</sup>.

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

<sup>7</sup> 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».

<sup>8</sup> 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.).

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> «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



I profondi mutamenti dei tratti caratteristici dei conflitti armati inverte-  
ratisi nel corso del tempo<sup>11</sup> hanno così ingenerato numerose difficoltà  
ermeneutiche concernenti la definizione dell'esatta latitudine assiologica  
ed applicativa dell'art. 11 della Costituzione, legate, com'è facile inten-  
dere, 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 con-  
cezione classica di ostilità tra Stati sovrani, ciononostante ben possono  
attentare all'integrità delle fondamenta delle libere Istituzioni e necessi-  
tare, 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 costi-  
tuito, 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 sa-  
ranno disciplinate dal diritto relativo ai conflitti internazionali, mentre quelle tra gover-  
no 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).

<sup>11</sup> 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, carat-  
terizzato dall'azione violenta compiuta in base al diritto internazionale bellico e da que-  
sto 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 con-  
flitto come violenza bellica» (Barone 1987, 664).



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 ideologica<sup>12</sup> (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.

<sup>12</sup> 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, i 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).



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 emergenza<sup>13</sup> (non importa se di natura militare o frutto di un tentativo di destabilizzazione interna correlata ad attacchi di matrice terroristica)<sup>14</sup>, implica la necessità di individuare a prio-

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

<sup>14</sup> 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



ri gli organi deputati a deliberare lo stato d'assedio<sup>15</sup> e comporta il logico corollario di dover precisare i limiti, formali e sostanziali, entro cui possa essere eventualmente disposta la sospensione (temporanea)<sup>16</sup> dei diritti fondamentali della persona<sup>17</sup>, 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».

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> «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).



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.)<sup>18</sup>, ovvero quei valori posti a definizione della più intima essenza di un ordinamento<sup>19</sup>, l’azione delle

<sup>18</sup> «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).

<sup>19</sup> 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».



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 cittadini<sup>20</sup>.

Evidente è la gravità della misura della sospensione: essa comporta la disapplicazione della disposizione costituzionale<sup>21</sup>, sia nel suo contenuto

<sup>20</sup> 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'extradizione 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.).

<sup>21</sup> 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».



sostanziale, sia in riferimento alla tutela (giudiziaria) della sua effettività<sup>22</sup>; spoglia cioè il soggetto della garanzia che tale norma gli attribuisce, cancellando il momento della libertà e reintegrando il momento dell'autorità<sup>23</sup>.

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 persona<sup>24</sup>, ma, al tempo stesso, il rispetto as-

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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-



soluto e, in ogni caso, inderogabile dei diritti della persona non può costituire la causa dell'impossibilità di difesa della collettività<sup>25</sup>.

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 emergenza<sup>26</sup> 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».

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

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



Trattasi, in sostanza, di un sistema normativo sicuramente inadeguato, bisognoso di un urgente ripensamento<sup>27</sup>.

La mancanza di alcun riferimento, all'interno della Costituzione, allo stato d'assedio<sup>28</sup> (o ad altra formula descrittiva di una qualsivoglia situazione di emergenza di matrice interna)<sup>29</sup>, è da far risalire ai convincimenti acquisiti all'esito del dibattito svoltosi in seno all'Assemblea Costituente<sup>30</sup>, contraddistinto dall'emersione di diverse (e, tra di loro, non riducibili a sintesi e/o unità) posizioni ideologiche suscettive di poter es-

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

<sup>28</sup> «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).

<sup>29</sup> 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.).

<sup>30</sup> 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.).



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 pubblico<sup>31</sup>, prevedendo, in alcune ipotesi, specifici profili di responsabilità (in prevalenza, di natura politica)<sup>32</sup>; dall'altro lato, emerse la posizione di chi si collocò nel senso di una reiezione esplicita dell'istituto dello stato d'assedio<sup>33</sup>, impostazione espressa anche solo per il tramite del ri-

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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».

<sup>33</sup> 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



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 pubblico<sup>34</sup>.

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'assedio<sup>35</sup>.

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.)».

<sup>34</sup> 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».

<sup>35</sup> 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



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 internazionale<sup>36</sup>.

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'ordinamento<sup>37</sup> 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.

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

<sup>37</sup> 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».



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 autoritario<sup>38</sup>, pur ammettendo l' emanazione di (atipici) provvedimenti governativi, con forza di legge, che risultino indispensabili per fronteggiare la crisi<sup>39</sup>.

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 interezza<sup>40</sup>, bensì con esclusivo riferimento al conferimento dei poteri necessari

<sup>38</sup> 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. Coccozza (1988, 8).

<sup>39</sup> 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.).

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



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 contenuti<sup>41</sup>, per tale via suggerendo l'utilizzo di un diverso (modulato, rispetto alla reale consistenza del pericolo), regime di disciplina dello stato di eccezione<sup>42</sup>.

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 interna<sup>43</sup>

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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).



proprio per il tramite di provvedimenti legislativi temporanei e soggetti, a fini di garanzia, al successivo controllo (politico) da parte delle Camere<sup>44</sup>.

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 soggiacere<sup>45</sup>.

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 statuiti<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> 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».

<sup>45</sup> 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.).

<sup>46</sup> Categorico è, in tal senso, Giardina (1979, 115).



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 normativa<sup>47</sup>, «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-

<sup>47</sup> 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».



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 essa<sup>48</sup>.

Più propriamente, secondo accorta (e maggioritaria) dottrina, l'effetto principale consisterebbe non nella deroga<sup>49</sup>, bensì nella sospensione del precetto costituzionale fintantoché permanga lo stato d'emergenza<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> «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).

<sup>49</sup> 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.).

<sup>50</sup> 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-



Tale meccanismo sarebbe formalmente «illegale», ma «non anti-giuridico», in quanto legittimato da una fonte che prevale sulla legge (De Vergottini 1992, 241)<sup>51</sup>; 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 Governo<sup>52</sup> 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).

<sup>51</sup> 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».

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



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

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 decreto<sup>53</sup>.

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,

<sup>53</sup> 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.



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'emergenza<sup>54</sup> non nega la validità di quello ordinario, che rimane solo parzialmente sospeso<sup>55</sup>.

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

<sup>55</sup> 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 repressione<sup>56</sup> 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).

<sup>56</sup> 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



le livello di sicurezza<sup>57</sup>, non pregiudichino, in modo irrimediabile, il nocciolo duro (De Minico 2016, 95 ss.) dei valori consacrati all'interno delle Costituzioni democratiche<sup>58</sup> ed espressione, in ultima analisi, di un assetto politico/costituzionale proteso nel senso della salvaguardia e della promozione dei diritti inviolabili dell'individuo<sup>59</sup>.

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?».

<sup>57</sup> 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 securitarismo 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».

<sup>58</sup> «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).

<sup>59</sup> 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».



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

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 statale<sup>61</sup>.

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

<sup>60</sup> 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.).

<sup>61</sup> 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».



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 crisi<sup>62</sup>.

Naturalmente, l'instaurazione di veri e propri «stati di eccezione» (Agamben 2003)<sup>63</sup>, ovvero di «stati di emergenza»<sup>64</sup>, 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'individuo<sup>65</sup>.

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,

<sup>62</sup> 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».

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

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

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



pur ovviamente, anche in tali casi, non potendosi superare il confine invalicabile della dignità dell'uomo<sup>66</sup>, 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 sociale<sup>67</sup> e capaci di attentare alle condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati (De Maglie e Seminara 2007; Kostoris 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-

<sup>66</sup> 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, avvilitamento e degradazione fisica e morale.

<sup>67</sup> 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».



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 norme<sup>68</sup>, 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.;

<sup>68</sup> 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.).



Pulitanò 2006, 740 ss.)<sup>69</sup> (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 cittadino<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> 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».

<sup>70</sup> 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.).



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 persona<sup>71</sup>, laddove, per mano del nemico, quegli stessi diritti di libertà siano aggrediti e/o violati<sup>72</sup>.

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-

<sup>71</sup> 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).

<sup>72</sup> 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.).



nevolmente, gli stranieri<sup>73</sup>, 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 Paese<sup>74</sup>.

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.).

<sup>73</sup> 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.).

<sup>74</sup> «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).



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»<sup>75</sup>, espressione della ricerca del consenso sociale nel corso dell'emergenza, avvertito come necessario affinché possa essere efficacemente garantita

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



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 contemperamento 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



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

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 diritto<sup>77</sup>.

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

<sup>76</sup> 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).

<sup>77</sup> 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.).



spirito che anima i diritti fondamentali della persona<sup>78</sup>, 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, strumentalmente<sup>79</sup>, per giustificare inaccettabili restrizioni dei diritti inviolabili dell'individuo<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> 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».

<sup>79</sup> 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 democratici<sup>81</sup>, 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 procedurale<sup>82</sup> 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».

<sup>80</sup> «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.)

<sup>81</sup> 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».

<sup>82</sup> 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; devesi invece convenire che essi non intendessero *régler conventionnellement une telle faculté de déroga-*



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’individuo<sup>83</sup>.

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 Nazione<sup>84</sup>.

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

<sup>83</sup> 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».

<sup>84</sup> 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



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»<sup>85</sup>, 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».

<sup>85</sup> 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.).



Limiti di carattere generale sono inoltre rappresentati dalla esigenza di modulare la natura e consistenza delle deroghe disposte in ossequio a stringenti parametri di necessità<sup>86</sup>, 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.)<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> «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.).

<sup>87</sup> 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».



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 irretrattività *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 transigibile<sup>88</sup>.

Invero, a fronte di siffatto (circoscritto e limitato) elenco di «diritti incomprimibili 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 libertà<sup>89</sup> da ritenere, ancorché implicitamente, contraddistinte da un particolare "trattamento di favore" anche al cospetto di gravi pericoli per la vita della Nazione<sup>90</sup>.

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

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

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



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 discriminazione<sup>91</sup>.

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 derogatoria<sup>92</sup>.

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

<sup>91</sup> «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).

<sup>92</sup> 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 regolamentate 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”<sup>93</sup>, ovvero la facoltà dello Stato sovrano di soppesare, al meglio, le condizioni di pericolo al ricorrere delle quali ritenere legittime le deroghe eventualmente disposte (Galetta 1999, 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-

<sup>93</sup> «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».



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 adottate<sup>94</sup>; in tal sen-

<sup>94</sup> 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).



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 intangibilità<sup>95</sup>.

Perplessità sorgono, in tale direzione, con riferimento alla reale attitudine dei principi di rango convezionale, contemplati all'interno dell'art. 15 Cedu<sup>96</sup>, a spiegare diretta efficacia all'interno

<sup>95</sup> 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*.

<sup>96</sup> 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



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».



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 nemici<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> 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



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.).



mentali, costituzionalmente garantite<sup>98</sup>, suscettibili di essere incise dall'espansione di una singola tutela<sup>99</sup>.

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)<sup>100</sup> 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'uomo<sup>101</sup>, così come consacrati all'interno di disposizioni formali, a conformare la condotta dei consociati (e dello Stato-Comunità nel suo complesso) si misura at-

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

<sup>99</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 317/2009.

<sup>100</sup> «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).

<sup>101</sup> «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).



traverso il grado di effettività proprio del precetto all'interno del quale vengono enunciati i diritti di libertà<sup>102</sup>.

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 democratico<sup>103</sup>, il progresso civile e sociale della Nazione, perfino nel corso dell'emergenza.

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

<sup>102</sup> "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).

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



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 gioco<sup>104</sup>, in ossequio, naturalmente, alle norme cardine, di rango superprimario, su cui si regge l'intero ordinamento<sup>105</sup>, 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

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

<sup>105</sup> 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. Rodriquez (2008, 254 ss.).



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 solida 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»<sup>106</sup>, fino al com-

<sup>106</sup> 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



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 liberale<sup>107</sup>.

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)<sup>108</sup> 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».

<sup>107</sup> 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).

<sup>108</sup> «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.).



posto (Pellegrino, Rosin, 1981, 47)<sup>109</sup>, nonché la «conservazione del corpo sociale» (Jellinek 1949, 737), costituito dal popolo<sup>110</sup> (ovvero da coloro i quali sono legati al potere sovrano in forza del vincolo della cittadinanza)<sup>111</sup>, 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.).

<sup>109</sup> 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».

<sup>110</sup> 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».

<sup>111</sup> 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).



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»<sup>112</sup>, 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 Repubblica<sup>113</sup>.

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»<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> 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"».

<sup>113</sup> 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».

<sup>114</sup> 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-



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 statale – 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. Ruozi, 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.

Colaianni, 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](http://www.costituzionalismo.it), 26 febbraio.

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



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 margine 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>



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](http://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/cardozo/Review/2009/Frosini.pdf](http://www.jus.unitn.it/cardozo/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.



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.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.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.



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](http://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.