

Diritti fondamentali e sicurezza

Lupi solitari, libertà all'informazione e pubblica sicurezza: quale bilanciamento nella lotta al terrorismo internazionale?

di Giacomo Palombino (*)

Lo scritto analizza in una prospettiva costituzionalistica l'art. 270 *quinquies* del codice penale italiano. Come noto, la norma punisce chi, al fine di prepararsi alla commissione di un attentato terroristico, si sottopone ad un addestramento c.d. autonomo. L'obiettivo è quello di contrastare il fenomeno dei "lupi solitari", ossia individui che non hanno un contatto diretto con le basi operative dell'organizzazione criminale e acquisiscono le conoscenze necessarie alla realizzazione del delitto tramite internet. D'altra parte, l'anticipazione della soglia di punibilità ad una fase inoffensiva dell'*iter criminis* fa sorgere un dubbio di legittimità costituzionale rispetto alla libertà dell'individuo a ricevere informazioni. La questione, dunque, è in che misura in sede di bilanciamento lo stato di emergenza e, in particolare, la pubblica sicurezza possano essere considerati parametri idonei nell'ottica di ammettere una compressione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale.

The paper analyses in a constitutional perspective Art. 270 quinquies of the Italian Criminal Code. As is well known, this provision punishes who, in order to prepare himself for the commission of a terrorist attack, realizes a so-called independent training. Its aim is to contrast the phenomenon of "lonely wolves", that is individuals who do not have a direct contact with the operational bases of the criminal organization and acquire via Internet the knowledge necessary to carry out the crime. On the other hand, the anticipation of the punishment threshold to an in-offensive phase of the iter criminis raises a question of constitutional legitimacy with respect to the individual's freedom to receive information. Thus, the question is whether, within a balancing test, the state of emergency and, in particular, public security may be regarded as suitable parameters with a view to admitting a compression of fundamental rights enshrined in the Constitution.

Introduzione

È opinione condivisa che i diritti e le libertà costituzionali convivano all'interno dell'ordinamento giuridico senza entrare in reciproca contraddizione, in quanto singoli elementi di un unico quadro valoriale;

è possibile, d'altra parte, che, nella loro applicazione concreta, sorgano conflitti di incompatibilità (1). Ciò è tipico dello Stato pluralista, che si caratterizza anche - e forse soprattutto - per il medesimo peso riconosciuto a interessi diversi, espressione di differenti gruppi sociali e, di conseguenza, potenzialmente in contraddizione tra

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; cfr. Id., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in *"Ragion pratica"*, 11, 1998; cfr. R. Bin, *Diritti e*

argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992; cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 65-82; G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1988.

loro. È per questa ragione che le Corti costituzionali, per risolvere questioni di legittimità dovute a conflitti fra diritti, sono chiamate a ricorrere alla tecnica del bilanciamento (2).

“Bilanciare” distinti diritti significa rintracciare il maggior peso assunto, nella loro applicazione in concreto, dalla tutela di un interesse rispetto alla tutela di un interesse opposto. Come viene da più parti sottolineato, il bilanciamento dei diritti può declinarsi in tre differenti schemi (3): in primo luogo, sotto forma di concorrenza fra soggetti diversi che rivendicano il godimento dello stesso diritto (si pensi alle prestazioni sociali e alla mancanza di risorse sufficienti); in secondo luogo, come conflitto tra interessi individuali non omogenei (come nel caso del diritto di cronaca e del diritto alla riservatezza); infine, come incompatibilità tra interessi individuali e interessi collettivi (un esempio è rappresentato dai casi di necessità e urgenza in presenza dei quali l’art. 13 Cost. ammette una limitazione della libertà personale).

Sul punto, si rilevi come non sempre sia immediata l’individuazione dell’interesse opponibile in sede di bilanciamento. Talvolta, infatti, il diritto che un giudice costituzionale è chiamato a bilanciare all’interno di un giudizio di legittimità non è direttamente sancito dalla Legge fondamentale (4). Ciò è possibile perché il bilanciamento è anche la sede in cui una Corte Costituzionale può generare “nuovi diritti”; nell’ordinamento italiano ciò avviene tramite la “clausola aperta” con cui il Giudice delle Leggi ormai da tempo interpreta l’art. 2 Cost., da cui

discende un elenco “in divenire” dei diritti inviolabili dell’uomo (5).

Negli ultimi due decenni, e in particolare nel secondo per quanto riguarda l’Europa, la minaccia alla pacifica convivenza in seno alla comunità ha reso nuovamente attuale la riflessione sul bilanciamento tra diritti e interessi. Gli eventi dell’11 settembre, infatti, hanno dato l’avvio ad una fase “emergenziale” che continua a “stressare” le politiche legislative. Tutti i paesi occidentali, a partire dagli Stati Uniti fino a quelli europei, e i più importanti organismi internazionali, dall’ONU all’UE, hanno adottato misure necessarie a prevenire la minaccia terroristica.

La risposta dei legislatori nazionali e sovranazionali è stata pressoché omogenea, comportando talvolta la limitazione di talune garanzie costituzionali. È per questo motivo che alcuni parlano della nascita di un “diritto penale del nemico” (6), e cioè di un complesso di norme che, nell’intento di contrastare la minaccia fondamentalista, finiscono con il limitare sensibilmente le libertà dell’individuo (7). In particolare, nel presente lavoro si concentrerà l’attenzione sulla libertà all’informazione e più precisamente sulla libertà “ad essere informati”; si vedrà come tale libertà subisca una significativa compressione in funzione della realizzazione di politiche preventive. Infatti, la mera acquisizione di conoscenze in astratto propedeutiche alla realizzazione di una condotta violenta è oggi considerata un atto preparatorio e, in quanto tale, penalmente rilevante.

(2) Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in “Ars Interpretandi”, 7, 2002, 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 16, 2003, 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2005, 97-123; cfr. T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 1987, 96; cfr. P. Mcfadden, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, 29, 1988; cfr. A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; Id., *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 457-515; A.A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1992; R. Bin, *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, sentenza storica in cui i giudici hanno fatto ricorso al bilanciamento è la n. 27/1975, relativa alla pratica dell’aborto.

(3) Cfr. R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2017, 540-542.

(4) Si pensi, per esempio, all’aborto, tipico caso di concorrenza fra interessi individuali non omogenei: se per un verso, infatti, vi è il

diritto alla salute (della madre), esplicitamente consacrato dalla Costituzione repubblicana all’art. 32, per altro verso occorre considerare il diritto alla vita del concepito che non trova riconoscimento in alcuna disposizione costituzionale. Nella sentenza n. 27/1975 la Corte, infatti, riconosce che «la tutela del concepito (...) abbia un valore costituzionale» e lo rintraccia negli artt. 31 e 2 Cost.

(5) L’interpretazione secondo una “clausola aperta” si giustifica già nella terminologia adottata dal Costituente nella redazione dell’art. 2. Il verbo “riconoscere”, infatti, evidenzia come i diritti inviolabili siano preesistenti al testo costituzionale e non da esso sanciti. Cfr. P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Bari, 2017; cfr. R. Bin - G. Pitruzzella, 545-547; Cfr. S. Mangiameli, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org. V. anche M. Fioravanti, *Art. 2 - Costituzione italiana*, Roma, 2018, 67 - 68.

(6) La tesi di una differenziazione del diritto penale, attraverso l’istituzione di un “diritto penale del nemico”, accanto al “diritto penale del cittadino”, è stata avanzata, come è noto, da G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs - Y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003. Per diritto penale del nemico è da intendersi un vero e proprio sottosistema di norme incriminatrici dedicate alla prevenzione contro soggetti determinati in base alla pericolosità.

(7) A titolo esemplificativo, si pensi alla libertà di circolazione o alla libertà religiosa.

Pertanto, analizzata la normativa italiana ed europea in materia di terrorismo e intercettati i meccanismi atti a comprimere la libertà all'informazione, si cercherà di dare risposta al quesito che accompagna l'adozione di tali politiche preventive: e cioè se sia possibile, nella prospettiva di un bilanciamento, limitare il godimento di una libertà fondamentale.

Evoluzione del terrorismo internazionale e decentralizzazione della pianificazione del terrore: chi sono i "lupi solitari"

Nel corso degli ultimi anni, il terrorismo internazionale ha vissuto un'evoluzione che ha costretto gli Stati occidentali a riformulare le proprie politiche di prevenzione. Storicamente, il diritto penale, in particolare nell'ordinamento interno, ha affrontato la minaccia terroristica calandola nella configurazione di fattispecie criminali associative. Si noti, ad esempio, che il codice penale italiano, fino agli attentati dell'11 settembre, non ha previsto un'ipotesi specifica di terrorismo internazionale ma ha contemplato misure adatte alla prevenzione del terrorismo interno; di fronte ad una potenziale minaccia terroristica globale, quindi, l'unica strada praticabile è stata rinvenuta nell'effettuare un generale rinvio alle norme in tema di reati associativi. Questa scelta riposava sulla considerazione in base alla quale, sempre in chiave storica, il terrorismo costituisse un fenomeno organizzato: vantava delle basi operative, godeva di mezzi messi a disposizione dai suoi militanti, i quali, a loro volta, rispondevano agli ordini di uno o più leader, vertici dell'associazione criminale. Non è un caso, infatti, che diverse norme

dell'ordinamento - si pensi, per esempio, alla Legge sull'ordinamento penitenziario e alla disciplina dell'ergastolo c.d. ostativo (8) - trattino le fattispecie terroristiche alla stessa stregua di quelle mafiose.

Il fenomeno del terrorismo internazionale emerge nell'ordinamento giuridico interno ed europeo, oltre che nelle cronache della storia contemporanea, con gli attentati alle Torri Gemelle del 2001. La risposta del legislatore italiano ai tragici fatti di New York è stata immediata e si è tradotta ancora una volta, in linea con la concezione consolidatasi fino a quel momento del fenomeno, in un'ipotesi di reato associativo. Questa impostazione trovava fondamento nel fatto che gli eventi dell'11 settembre fossero rivendicati da un soggetto specifico e ben individuato: *al Qaeda*, che vantava tutte le caratteristiche necessarie ad essere considerata - e quindi trattata alla stregua di - un'organizzazione criminale.

D'altra parte, gli attentati terroristici più recenti, a partire da quelli di Parigi del 2015, hanno evidenziato come la "pianificazione del terrore" si riveli, ormai, sotto nuove forme. In particolare, l'ISIS ha inaugurato la stagione dei cc.dd. lupi solitari: soggetti che, pur non vantando un sodalizio - e quindi un legame diretto - con l'organizzazione criminale, decidono autonomamente di organizzare e compiere attentati terroristici a sostegno dello scopo perseguito - e quindi del messaggio veicolato - da quella stessa organizzazione.

Pur vantando origini più antiche (9), è con gli attentati rivendicati dall'ISIS che la locuzione "lupo solitario" si consolida nel linguaggio politico e, successivamente, giurisprudenziale (10). In

(8) D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in L. 12 luglio 1991, n. 203, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

(9) Dopo aver definito "lupi solitari" gli esploratori che dalle Indie Britanniche partivano alla scoperta delle terre più a ovest (V. Jason Burke, *The myth of the "lone wolf" terrorist*, su *The Guardian*, 2017; v. anche *Non chiamiamoli "lupi solitari"* su www.ilpost.it), la terminologia raggiunge la sua accezione moderna a partire dagli anni Ottanta negli Stati Uniti: Louis Beam, membro del *Ku Klux Klan* e dell'organizzazione neonazista *Aryan Nations*, pubblicava un manifesto contro il governo americano intitolato *Resistenza senza leadership*; nello stesso periodo, Tom Metzger, leader di un gruppo neonazista denominato *White Aryan Resistance*, pubblicava un testo dal titolo "Regole per lupi solitari". L'espressione scompare dal gergo politico, come già precisato, con la minaccia perpetrata da *al Qaeda*. «*After 9/11, lone-wolf terrorism suddenly seemed like a distraction from more serious threats. The 19 men who carried out the attacks were jihadis who had been hand picked, trained, equipped and funded by Osama bin Laden, the leader of al-Qaida, and a small group of close associates. Although 9/11 was far from a typical terrorist attack, it quickly came to dominate thinking about the threat from Islamic militants. Security services built up organograms of*

terrorist groups. Analysts focused on individual terrorists only insofar as they were connected to bigger entities. Personal relations - particularly friendships based on shared ambitions and battlefield experiences, as well as tribal or familial links - were mistaken for institutional ones, formally connecting individuals to organisations and placing them under a chain of command», cit. Jason Burke. D'altra parte, è da notare come predisporre mezzi di prevenzione contro un nemico individuato piuttosto che contro un individuo isolato, è stata anche una scelta di opportunità politica: indagini successive, per esempio, rivelavano che l'attentato alla stazione ferroviaria di Atocha-Madrid del 2004, non scaturisse da uno stretto legame con la leadership di *al Qaeda*. Ed infatti, nel 2008, Ayman al Zawahiri, il successore di Osama bin Laden, celebrava la "chiamata alla resistenza islamica globale". Quest'ultima definizione è il titolo di un testo dell'ideologo jihadista Abu Musab al Suri, il quale invitava a compiere attacchi anche senza legami con i vertici dell'organizzazione.

(10) Si rilevi, infatti, come anche la giurisprudenza abbia fatto ricorso alla locuzione "lupo solitario", introducendo la stessa anche nel linguaggio giuridico. La si ritrova, infatti, in diverse sentenze della Suprema Corte di cassazione. Si legga, fra le altre, la n. 6061 del 9 febbraio 2017, della Sez. V penale.

particolare, gli attentatori di Berlino e di Nizza (11) possono, secondo alcuni, essere ricondotti più propriamente nella fattispecie oggetto di analisi: i terroristi non vantavano contatti diretti con la leadership dell'ISIS, non erano affiliati dell'organizzazione e, a differenza di altri, non avevano ricevuto un addestramento specifico. D'altra parte, dei contatti vi erano stati tramite *internet*, lo strumento che più di ogni altro ha rivoluzionato il modo di agire delle organizzazioni terroristiche; è in relazione al ricorso al *web* che alcuni parlano di "attacchi telecomandati" (12).

La normativa vigente, costruita a partire dal 2001 proprio in funzione delle forme in cui gli attentati terroristici si sono manifestati nel tempo, prende in considerazione questa evoluzione. Il legislatore, sia nazionale che euro-unitario, nell'intento di rintracciare soluzioni adeguate alle nuove strategie elaborate dal terrorismo, è stato chiamato ad affrontare il forte impatto che la tecnologia ha avuto sulla pianificazione degli attentati; il *web*, lo spazio virtuale dove oggi è veicolata la maggior parte dell'informazione, pare essere divenuto il "non-luogo" dove i cc.dd. lupi solitari raccolgono le conoscenze utili al compimento di attentati. È per questo motivo che le scelte preventive perseguite all'interno delle recenti normative hanno ad oggetto la ricerca di informazioni in *internet*, interessando quindi il diritto costituzionale ad essere informati.

Il terrorismo nell'ordinamento italiano e la nuova Direttiva UE sulla prevenzione del terrorismo

Disciplinati dal libro II del codice penale, i reati di stampo terroristico sono trattati nel titolo I, dedicato ai «delitti contro la personalità dello Stato» (13). La *ratio* legislativa che sorregge la precisa individuazione della classe di reati in esame risiede nella configurazione di una peculiare caratteristica strutturale degli stessi: è da rilevare, infatti, come, per i reati di stampo terroristico, l'ordinamento dia luogo ad un'anticipazione della soglia di punibilità. Per meglio intendere quanto appena affermato, si parta da un dato letterale, prima che tecnico: è frequente in questo settore imbattersi nella figura dell'attentato (14). Per "attentato" è da intendersi un atto non necessariamente lesivo di un interesse protetto ma, al contrario, anche meramente "diretto" alla lesione di un bene giuridico e pertanto punibile anche qualora tale lesione non si verifichi.

Se questo è il quadro generale offerto dal codice penale italiano, bisogna osservare come il legislatore sia più volte intervenuto con l'intento di adeguare l'ordinamento interno alle nuove forme di manifestazione del terrorismo. Si consideri, infatti, come la minaccia terroristica globale costituisca un fenomeno relativamente recente. In particolare, come già si accennava precedentemente, fino alla fine

(11) Al contrario, rispetto agli autori degli attentati alla redazione di Charlie Hebdo e al Bataclan, è più corretto parlare di *foreign fighters*: in quel caso, infatti, i terroristi erano di nazionalità francese e belga, alcuni dei quali si erano recati in Siria per ricevere il necessario addestramento.

(12) L'espressione è stata coniata da Rukmini Callimachi, giornalista del New York Times, in un articolo intitolato *Not "Lone Wolves" after all: how ISIS guides world's terror plots from afar*. La giornalista spiega: «*In the most basic enabled attacks, Islamic State handlers acted as confidants and coaches, coaxing recruits to embrace violence. In the Hyderabad plot, among the most involved found so far, the terrorist group reached deep into a country with strict gun laws to arrange for pistols and ammunition to be left in a bag swinging from the branches of a tree. For the most part, the operatives who are conceiving and guiding such attacks are doing so from behind a wall of anonymity. When the Hyderabad plotters were arrested last summer, they could not so much as confirm the nationalities of their interlocutors in the Islamic State, let alone describe what they looked like. Because the recruits are instructed to use encrypted messaging applications, the guiding role played by the terrorist group often remains obscured*».

(13) È da rilevare come la dicitura utilizzata dal legislatore, per quanto esprima un concetto figurativamente chiaro, ponga nelle mani dell'interprete una fattispecie giuridica dai confini incerti. Invero, il titolo I genera perplessità con riguardo al significato di "personalità dello Stato" e alla corretta individuazione del bene giuridico tutelato. Rispetto a tale interrogativo, una prima prospettiva è quella che prende come riferimento la relazione al codice

penale, la quale pone l'accento su «tutto quel complesso di interessi politici fondamentali di altra indole, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la sua personalità» (È da rilevare come quanto indicato dalla relazione al codice penale, non facendo riferimento esclusivo alla sicurezza dello Stato, sia in linea con quanto previsto dal previgente codice Zanardelli). In tal senso, l'oggetto del reato andrebbe a coincidere con il soggetto passivo dello stesso, configurando l'interesse protetto nella persona dello Stato in sé considerata (R. Garofoli, *Compendio di diritto penale - parte speciale*, Roma, 2015, 1). D'altra parte, più convincente è l'orientamento per cui, secondo un'interpretazione conforme a quel complesso di valori individuati dalla Costituzione italiana, oggetto della tutela dovrebbe individuarsi negli «interessi basilari di una convivenza sociale vista nelle sue forme istituzionali» (Cfr. B. Romano, *Diritto penale - parte generale*, Milano, 2016); pertanto, ciò che il legislatore mira a difendere sono gli interessi politici dello Stato, relativi alla funzionalità di quest'ultimo, unitariamente inteso. È pur vero, però, che lo Stato esiste in due diverse dimensioni: quella interna e quella esterna. Per questo motivo, secondo un *discrimen* di natura esclusivamente classificatoria, sembra opportuno suddividere i reati contro la personalità *interna* dello Stato - dove il bene giuridico tutelato è da individuarsi negli organi costituzionali e nel loro funzionamento - dai reati contro la personalità *esterna* dello Stato - dove il bene giuridico protetto corrisponde alla sicurezza interna e al prestigio della nazione. È bene ribadire, però, che questa distinzione assume un carattere prettamente descrittivo, senza intaccare il concetto di unitarietà dello Stato. Cfr. R. Garofoli, 2.

(14) Cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 204 ss.

degli anni '90 la legge italiana non riconosceva una rilevanza autonoma al terrorismo internazionale: la finalità di terrorismo era prevista con riferimento ad organizzazioni "interne", il cui obiettivo non fosse, pertanto, colpire uno Stato o un'istituzione estera. In chiave storica, questa scelta legislativa dipendeva dalla circostanza che lo Stato italiano non aveva mai subito attacchi - almeno "direttamente" - di organizzazioni terroristiche operanti sul piano internazionale. Pertanto, la tutela apprestata dall'ordinamento nei confronti del terrorismo proveniente dall'esterno corrispondeva alla qualificazione del fatto come mera associazione per delinquere o corrispondeva a reati strumentali come falsificazione o ricettazione di documenti.

In questo senso, lo spartiacque nell'evoluzione legislativa è da individuarsi nell'attentato alle Torri Gemelle di New York del 2001. Infatti, immediatamente dopo l'11 settembre, con Decreto legge (15), il legislatore italiano ha aggiunto un terzo comma all'art. 270 *bis* del Codice penale, il quale stabilisce che «la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale»; è stata prevista, altresì, la fattispecie del finanziamento di associazioni con finalità di terrorismo, ora applicabile anche a quello internazionale.

In seguito, l'attentato alla metropolitana di Londra del 2005 ha segnato un'ulteriore tappa nel percorso evolutivo della legislazione interna, al punto che, secondo alcuni autori, il D.L. 27 luglio 2005, n. 144 (16) - c.d. pacchetto Pisanu - ha trasformato la legislazione di contrasto al terrorismo internazionale in un «sottosistema» investigativo, processuale e sostanziale». In particolare, nel capo dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato, sono state inserite le fattispecie dell'arruolamento e dell'addestramento a fini terroristici - rispettivamente artt. 270 *quater* e 270 *quinquies* (17). Ma ancora più incisivo risulta quanto disposto dall'art. 270 *sexies*, in cui, con l'intento di rendere più agevole il ruolo interpretativo del giudice, è stata prevista una

definizione di condotte con finalità terroristica, individuandole come quegli atti che «possono recare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di una organizzazione internazionale (...)» (18).

Infine, l'ultimo passo della legislazione interna in materia è quello compiuto in seguito all'attentato presso la redazione di *Charlie Hebdo*. Con l'approvazione del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7 (19), ha nuovamente modellato i meccanismi di prevenzione del terrorismo (20). In primo luogo, è stata ulteriormente anticipata la soglia di punibilità: si pensi, in particolare, che, ai sensi dell'art. 6 del provvedimento, le autorità di pubblica sicurezza possono svolgere colloqui con detenuti volti a raccogliere informazioni su terzi e ciò anche in una fase antecedente a quella investigativa e, di conseguenza, meramente preventiva. Ancora, l'art. 270 *quater* ha introdotto la fattispecie di organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo e della propaganda di viaggi volti al compimento delle condotte individuate dal 270 *sexies*. A completare il quadro, l'art. 270 *quinquies* ora prevede, accanto alla punibilità del semplice addestrato, anche quella di chi, autonomamente, raccoglie informazioni e compie un atto terroristico. La norma, pensata proprio in relazione al fenomeno dei cc.dd. lupi solitari, sarà oggetto di un'analisi più approfondita nel paragrafo che segue.

Quanto descritto dimostra come le tappe che hanno segnato questa evoluzione normativa (21) siano scandite dagli eventi che, a partire dal 2001, hanno colpito il mondo occidentale.

Senza dubbio, l'UE ha "sollecitato" tale evoluzione, con l'intento di raggiungere la configurazione di una disciplina comune omogenea e, di conseguenza, più efficace in tema di prevenzione del terrorismo (22). L'ultimo passo compiuto dal legislatore euro-unitario

(15) D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, intitolato *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, convertito in L. 15 dicembre 2001, n. 438.

(16) Convertito in L. 31 luglio 2005, n. 155.

(17) Tali fattispecie costituiscono l'adeguamento interno alla Convenzione sulla prevenzione del terrorismo siglata a Varsavia nel 2005, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa.

(18) La definizione data dall'art. 270 *sexies* riporta nel Codice quella contenuta nella Decisione Quadro del Consiglio dell'UE 13 giugno 2002.

(19) Sul punto, F. Viganò, *Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto in materia di contrasto al terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

(20) Normative adottate sulla scia della Ris. 2178/2014 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e del protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2015.

(21) Sull'evoluzione della normativa interna in materia e sul rapporto con gli atti normativi europei ed internazionali, cfr. per tutti V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 117 ss., 209 ss.

(22) Il 15 marzo 2017 è stata approvata la nuova Dir. UE/2017/541, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio.; v. anche M. E. Bartoloni, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e terzo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2005.

in materia è rappresentato dalla Dir. 2017/541 (23). Pur adottata nell'ottica di sostituire la precedente decisione quadro 2002/475 (24) e la decisione 2005/671, il nuovo testo normativo non sembra detenere una rilevante portata innovativa.

Immutata risulta essere, fra le altre, la definizione di reati di terrorismo individuata dall'art. 3, definiti come quelle condotte che «per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale». La definizione, in particolare, si fonda su due elementi: uno di carattere oggettivo, corrispondente appunto alla natura o al contesto in cui si vanno a rintracciare le condotte incriminate; l'altro di carattere soggettivo, afferente, al contrario, all'intenzione che spinge l'individuo a porre in essere la condotta (25).

Immutato risulta anche quanto disposto in tema di relazione che, ai fini della punibilità, deve sussistere fra l'attentatore e il gruppo terroristico: l'art. 4 pone sullo stesso piano, infatti, sia la direzione del gruppo che la mera partecipazione allo stesso, che può avvenire fornendo «informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose del gruppo terroristico» (26).

Ulteriore elemento di continuità con la disciplina già esistente in materia è rappresentato da quanto disposto dall'art. 13, il quale stabilisce che «non è necessario che un reato di terrorismo sia stato effettivamente

commesso né è necessario (...) stabilire un collegamento con un altro reato specifico elencato nella presente direttiva». Persiste, quindi, la necessità di un'anticipazione della soglia di punibilità e la qualificazione di condotta penalmente rilevante anche rispetto ad atti meramente preparatori; in particolare, il legislatore sovranazionale dedica ulteriore attenzione alle condotte di finanziamento, addestramento, organizzazione di viaggi (27), ecc.

Leggendo il testo della direttiva, è da rilevare come non siano di particolare rilievo gli interventi correttivi chiesti dall'Europa nei confronti del legislatore italiano (28), il quale sembra aver anticipato il contenuto della stessa con il D.L. n. 7/2015 e la L. n. 153/2016.

Libertà all'informazione e profili problematici della normativa sulla prevenzione del terrorismo: Cass. 9 febbraio 2017, n. 6061

Passata brevemente in rassegna l'evoluzione della normativa in materia di prevenzione del terrorismo, risulta necessario affrontare i profili problematici che da essa emergono. In particolare, in funzione dello scopo della presente analisi, è utile analizzare in che modo l'applicazione concreta delle norme in materia di prevenzione possa limitare il pieno esercizio della libertà all'informazione - o libertà ad essere informati (29).

Come è noto, quest'ultima, pur non essendo espressamente prevista nel dettato costituzionale, trova il proprio fondamento nell'art. 21 Cost., dedicato alla

(23) Al considerando n. 4, il legislatore unitario giustifica un nuovo testo in materia chiarendo che *negli ultimi anni, la minaccia terroristica è cresciuta e si è evoluta rapidamente. Persone indicate come "combattenti terroristi stranieri" si recano all'estero a fini terroristici. I combattenti terroristi stranieri che rientrano in patria rappresentano una minaccia accresciuta per la sicurezza di tutti gli Stati membri. Combattenti terroristi stranieri sono risultati implicati in recenti attentati e complotti in diversi Stati membri. Inoltre, l'Unione e i suoi Stati membri fanno fronte a crescenti minacce rappresentate da individui che sono ispirati o istruiti da gruppi terroristici all'estero ma che rimangono in Europa.*

(24) La stessa direttiva del 2017 definisce, al considerando n. 3, tale decisione come *la pietra angolare della risposta della giustizia penale degli Stati membri per combattere il terrorismo.*

(25) Elemento d'interesse rispetto alla normativa italiana analizzata nel precedente paragrafo, è la preoccupazione del legislatore europeo di elencare con precisione non solo le specifiche condotte ma anche gli scopi che, determinando la volontà criminale, danno al fatto una connotazione di stampo terroristico. Più nello specifico, l'art. 3, par. 2, della direttiva 541, elenca i seguenti scopi come effettivi indici di una condotta perpetrata con finalità terroristica: *intimidire gravemente la popolazione; costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale.*

(26) Per il vero, la nozione precedente di tali reati, accolta dall'art. 2 della decisione quadro del 2002, impiegava la locuzione

«organizzazione terroristica» in luogo di quella di «gruppo terroristico»; tuttavia, in entrambi i casi, la definizione fornita dai rispettivi testi di riferimento è la medesima, vale a dire quella di «un'associazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di terrorismo», sì che al di là del differente *nomen iuris* non pare che la direttiva introduca un concetto differente. Del resto, lo stesso Protocollo addizionale non aveva introdotto una definizione di «gruppo terroristico» che viene dunque rimessa, come chiarito dal rapporto esplicativo, alle parti firmatarie. Cit. S. Santini, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 16.

(27) Sul punto, F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 352.

(28) Da rilevare come l'unico adeguamento richiesto al legislatore italiano discenda dall'obbligo sancito dall'art. 9 della direttiva. L'ordinamento italiano, infatti, punisce il caso di «viaggio» solo ove questo sia inquadrabile nella condotta di arruolamento. La norma europea, invece, prevede una fattispecie più ampia, qualificando come punibile anche il singolo viaggio. D'altra parte, potrebbe ritenersi non indispensabile un adeguamento nel momento in cui la norma italiana risulta comunque idonea ad una interpretazione convenzionalmente orientata.

(29) Cfr. A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.

libertà di manifestazione del pensiero (30). È opinione condivisa che la norma, oltre a dare piena attuazione al modello personalistico delineato dall'art. 2, espliciti anche un elemento fondamentale della forma di Stato democratica (31); come sottolineato dalla Corte Costituzionale, la libertà di manifestazione del pensiero è da considerarsi "pietra angolare dell'ordine democratico" (32). Opinione altrettanto condivisa è quella in base alla quale il contenuto della norma si possa declinare in tre differenti situazioni giuridiche soggettive: la generale libertà di pensiero, la libertà ad informare e, appunto, la libertà ad essere informati. Si rilevi come oggetto della tutela predisposta dal Costituente non siano il "pensiero" o l'"opinione" in quanto tali, bensì la loro "libera manifestazione". Pertanto, è da ritenersi esistente un imperativo costituzionale a che venga garantito un pluralismo delle fonti da cui attingere conoscenze e notizie (33).

È per questo motivo che il *web* detiene, nell'epoca contemporanea, una funzione centrale. La maggior parte dell'informazione oggi circola tramite *internet*, strumento imprescindibile nella quotidianità di qualsiasi individuo. D'altra parte, se l'etere è capace di veicolare informazioni e contribuire, in questo senso, allo sviluppo della personalità di ciascuno, la sua natura lo trasforma anche in un "non-luogo" dove realizzare o programmare attività illecite. In particolare, parlando dei "lupi solitari" si è già visto come questi possano acquisire - appunto tramite *internet* - le conoscenze necessarie alla pianificazione e alla realizzazione di attentati terroristici. Da rilevare, però, come non sempre sia agevole intercettare il confine tra mera attività di informazione e attività di informazione volta al perseguimento di intenti criminali. Per esempio, accedere ad una pagina *web* che propaganda il pensiero fondamentalista può effettivamente consistere in un primo passo all'addottrinamento verso l'ideologia islamista ma può anche essere espressione

di una mera attività di ricerca svolta a scopo scientifico.

La Direttiva UE 2017/541 affronta in maniera esplicita la problematica del ricorso a *internet* per la pianificazione di attentati. Il considerando n. 10 stabilisce che sono punibili, nel caso in cui comportino il concreto pericolo di atti terroristici, le condotte di «diffusione online e offline di messaggi o immagini, comprese quelle riguardanti le vittime del terrorismo, quale mezzo per raccogliere sostegno alle cause dei terroristi o intimidire gravemente la popolazione». All'art. 21, intitolato «Misure per contrastare i contenuti on-line riconducibili alla pubblica provocazione», la Direttiva ammette, inoltre, la rimozione o il blocco di siti *internet* (34).

In questo senso, rileva l'art. 270 *quinquies* del Codice penale italiano, che, parlando dell'«addestramento ad attività con finalità di terrorismo», introduce la fattispecie di "auto - addestramento", consistente nell'attività di chi, anche autonomamente, acquisisce informazioni utili al compimento di un atto terroristico; il legislatore, inoltre, ha precisato che la pena - che va da un minimo di cinque a un massimo di dieci anni - è aumentata se la condotta di addestramento è posta in essere tramite strumenti informatici o telematici. La norma è evidentemente disegnata seguendo il profilo del c.d. lupo solitario e *internet* è, senza dubbio, lo strumento più efficace tramite il quale un individuo isolato possa prepararsi ad un atto terroristico.

Al riguardo, risulta interessante prendere come riferimento una vicenda sottoposta recentemente all'attenzione della Suprema Corte di cassazione, decisa con sent. 9 febbraio 2017, n. 6061, della Sez. V penale. Nel caso di specie la Corte affronta una questione concernente una fattispecie di atto preparatorio perpetrato da un individuo definito dagli stessi giudici "lupo solitario" e condannato proprio per il reato di cui all'art. 270 *quinquies* c.p. (35). In particolare, l'uomo era stato condannato dai Giudici di merito in quanto, tramite

(30) Cfr. P. Barile, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; R. Zaccaria - L. Capeccchi, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1992.

(31) Cfr. A. Papa, *op. cit.*, 51.

(32) Corte cost., sent. n. 84 del 1969.

(33) Corte cost., sent. n. 112 del 1993.

(34) Il testo dell'articolo è il seguente: 1) Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online ospitati nel loro territorio che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo come indicato all'art. 5. Si adoperano inoltre per ottenere la rimozione di tali contenuti ospitati al di fuori del loro territorio. 2) Gli Stati membri possono, qualora non fosse possibile rimuoverli alla fonte i contenuti di cui al paragrafo 1, adottare misure per bloccare l'accesso a tali contenuti agli utenti di Internet sul loro territorio. 3) Le misure relative alla rimozione e al blocco

devono essere stabilite secondo procedure trasparenti e fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che tali misure siano limitate allo stretto necessario e proporzionate e che gli utenti siano informati del motivo di tali misure. Le garanzie connesse alla rimozione o al blocco includono anche la possibilità di ricorrere per via giudiziaria.

(35) Il testo dell'articolo è il seguente: «Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270 *bis*, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le

l'utilizzo della rete, acquisiva e consultava periodicamente filmati dedicati alla fabbricazione e all'uso di armi e altri siti internet destinati alla propaganda jihadista. I difensori, pur non contestando il merito della condanna, ricorrono dinanzi alla Suprema Corte avverso un'ordinanza recante il rigetto di una richiesta di riesame presentata nell'interesse dell'individuo (36). In particolare, gli avvocati ritengono sproporzionata la modalità di esecuzione della pena irrogata rispetto alla condotta effettivamente realizzata dal loro assistito. Si legge nel ricorso: «vero è che il legislatore “ha inteso attribuire rilevanza penale alle attività meramente preparatorie degli atti terroristici”, ma occorre - ad esempio, quanto all'addestramento o alla raccolta di informazioni - che questi siano strumentali, su base oggettiva, “ad uno specifico e concreto programma di violenza, con conseguente pericolo per la struttura statale e l'ordine pubblico”, pena la evidente incostituzionalità di un precetto penale che sanziona una mera idea eversiva». Specificano successivamente che «analogo rigore si impone in punto di verifica della sussistenza dell'elemento psicologico, atteso che si è di fronte ad un reato a doppio dolo specifico (volontà di commettere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, nonché perseguire una finalità terroristica) (37), il che rende imprescindibile l'accertamento dell'idoneità degli atti realmente compiuti a raggiungere gli scopi indicati». In sostanza, secondo la difesa, «non vi sarebbe alcun elemento da cui desumere, come invece ritengono i giudici di merito, che l'H. si sarebbe determinato a “dare una svolta terroristica alla propria esistenza”». In particolare, secondo il parere della difesa, la mancanza di una materialità del reato darebbe luogo ad una chiara violazione dei limiti costituzionali: da una parte, la lesione del principio di offensività, essendo la condotta sanzionata solo potenzialmente, e non direttamente, lesiva di beni giuridici meritevoli di tutela; dall'altra parte, una ingiustificata compressione della libertà all'informazione ex art. 21 Cost., il cui riconoscimento non può trovare ostacolo nell'autodeterminazione del

singolo a stabilire su quale oggetto concentrare la sua libertà ad informarsi (38).

La Corte di cassazione accetta solo in parte la ricostruzione del ricorrente. Si legge infatti nella sentenza che «è pur sempre necessario che il soggetto attivo ponga in essere comportamenti significativi sul piano materiale, senza limitarsi ad una semplice attività di raccolta di dati informativi, od a manifestare le proprie scelte ideologiche»; d'altra parte, non accoglie il ricorso in quanto «nella vicenda in esame, a dispetto della contraria ricostruzione offerta dal ricorrente, i giudici di merito appaiono aver correttamente individuato siffatti comportamenti materiali». I giudici di legittimità, in sostanza, ritengono che la norma sia chiara sul punto: anche la mera acquisizione di una conoscenza utile e diretta al compimento di un atto terroristico è suscettibile di pena se l'atto è da considerarsi preparatorio e funzionale ad una successiva condotta violenta (39). Da rilevare, però, come, in sede di anticipazione della soglia del penalmente rilevante, generi molteplici perplessità la corretta individuazione della condotta punibile. Sul punto, la dottrina è divisa. Da un lato, si interpreta la fattispecie secondo una connotazione soggettivistica: i delitti di attentato sarebbero reati “di mera disobbedienza”, da qualificarsi, quindi, in funzione della finalità criminosa dell'agente e prescindendo dall'idoneità offensiva della condotta (40). Dall'altro lato, secondo una connotazione oggettivistica, ai fini del raggiungimento della soglia del penalmente rilevante, andrebbe richiesta l'idoneità della condotta alla lesione del bene protetto (41); non sarebbe possibile sganciare in maniera eccessiva il fatto tipicamente individuato dal legislatore rispetto alla effettiva necessità di un intervento sanzionatorio, dovendo comunque la condotta dar luogo ad un pericolo concreto e ad una minaccia attuale al bene giuridico protetto.

Nel caso analizzato la Corte sembra seguire una terza via: se la *ratio* dei reati di attentato risiede proprio

istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 *sexies*.

Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici».

(36) Nello specifico, il ricorso attiene un precedente provvedimento restrittivo emesso dal G.I.P. del Tribunale di Catanzaro, in quanto a carico dell'individuo risultava disposta la misura cautelare della custodia in carcere, da doversi sostituire, secondo il ricorrente, con una detenzione agli arresti domiciliari.

(37) Qui i ricorrenti richiamano altra e più risalente pronuncia della Cass., la sent. 25 luglio 2011, n. 29670, Sez. VI penale.

(38) La difesa richiama anche le sent. n. 29670/2011 della Sesta Sezione (ric. Garouan), con la quale i giudici di legittimità 'hanno

decisamente respinto un modello del diritto penale della prevenzione di fatti non ancora commessi e della pericolosità degli autori'; n. 4433/2014 del 6 novembre 2013, ric. El Abboubi (della Prima Sezione), sulle nozioni di 'addestramento' e 'fornire istruzioni', dove si precisa che non è possibile 'anticipare la soglia di punibilità a uno stadio della condotta che non sia ancora insegnamento ma mera divulgazione ovvero (...) proposta ideologica'.

(39) La Corte fa riferimento anche alla sent. 14 luglio 2016, n. 48001, ric. Hosni, della stessa Sezione.

(40) Cfr. E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

(41) Cfr. Marinucci - Dolcini, *Manuale di diritto penale - parte generale*, Milano, 2017.

nell'anticipazione della soglia di punibilità, si è allora chiamati a configurare un'ipotesi di reato di pericolo preventivo. E infatti, come sostiene anche autorevole dottrina, i reati di pericolo preventivo sono tali in quanto «il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza» (42).

L'anticipazione della soglia di punibilità in una prospettiva costituzionalistica: diritti fondamentali e principio di offensività

Quanto descritto dimostra come la tecnica dell'anticipazione della punibilità abbia confini incerti. Se da una parte, infatti, la Suprema Corte ribadisce che l'atto preparatorio, per considerarsi punibile, debba comunque essere funzionale e univocamente diretto ad un successivo atto violento, dall'altra parte affida la comminazione di una condanna ad un mero calcolo di probabilità, fondato su circostanze e altri dati oggettivi che accompagnano quell'atto preparatorio. Tale considerazione ha risolto ulteriori nel momento in cui la norma di riferimento è l'art. 21 Cost.; parlando, nello specifico, di "libertà ad essere informati", il rischio è quello di configurare un reato di opinione perpetrato tramite *internet* (43). Ci si domanda, pertanto, se sia legittimo ammettere una limitazione della libertà di informazione di soggetti che frequentano siti *internet* che propagandano pensieri fondamentalisti o di soggetti che raccolgono informazioni, ad esempio, su come fabbricare un ordigno. Atti preparatori di questo tipo, in

presenza dei quali l'ordinamento autorizza, come visto, ad intervenire in un'ottica preventiva, pongono in evidente crisi i principi e le libertà fondamentali sanciti dalla Costituzione (44). Si pensi, per esempio, al principio di legalità o al principio di personalità della responsabilità penale; o, in materia processuale, si pensi al diritto di difesa, al principio del giudice naturale o, più in generale, al diritto al giusto processo.

In realtà, dalla questione sottoposta all'attenzione della Cassazione e analizzata precedentemente, emerge come l'aspetto centrale della problematica affrontata ruoti, principalmente, attorno al principio di offensività. L'ordinamento giuridico impone di addebitare un reato a un soggetto non per la violazione di un "mero dovere di ubbidienza", ma solo in presenza dell'offesa ad un bene giuridico. Come ha chiarito anche la Corte Costituzionale (45), non è concepibile un reato senza offesa, che prescinda, quindi, dal principio di materialità del fatto (*nullum crimen sine iniuria*). In questa prospettiva, il riconoscimento di rilevanza al mero atto preparatorio e l'ammissione di una sua conseguente punibilità genera dubbi significativi, costringendo alcuni a parlare dell'esistenza di un "diritto penale del nemico" (46).

L'anticipazione della soglia di punibilità è stata variamente giustificata. In questo senso, una prima argomentazione è quella che fa leva sulla polifunzionalità della pena: oltre alla funzione rieducativa sancita dall'art. 27 Cost., è indubbio che la pena persegua anche altri scopi (47), come quello general-preventivo (48). D'altra parte, tale tesi non risulta sufficiente a giustificare le norme in esame: il primato della persona riconosciuto dalla Costituzione obbliga a ritenere il diritto penale una *extrema ratio* (49),

(42) Cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 204 ss.

(43) Da ammettersi che «alcuni comportamenti riconducibili alla categoria dei reati di opinione siano suscettibili di trovare applicazione anche in Rete (...) Il riferimento è in primo luogo al vilipendio della Repubblica, delle istituzioni, della nazione, delle forze armate, della bandiera, all'oltraggio ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario, alle offese ad una confessione religiosa, alla propaganda dell'odio etnico e razziale, all'incitamento all'odio e alla discriminazione, all'istigazione», A. Papa, *op. cit.*, 237. D'altra parte, non si può non rilevare il rischio che discende da tale configurazione. Se l'art. 21 è "pietra angolare" dell'ordine democratico, la sua compressione non può che trovare fondamento nella stessa Carta costituzionale.

(44) Cfr. A. Cavaliere, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Diritto penale e modernità - Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, a cura di R. Wenin - G. Fornasari, 13 ss.

(45) V. Corte cost., sent. n. 249/2010.

(46) Si rinvia alla nt. 6.

(47) Cfr. C. Musumeci - A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.; Cfr. G. Frigo, *La funzione rieducativa*

della pena nella giurisprudenza costituzionale, in www.cortecostituzionale.it; Cfr. G. Marini, voce *Pena* (diritto penale), in *Noviss. Dig. it.*, Appendice V, 1980, 792 ss.; P. Nuvolone, voce *Pena* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 32, 1982, 787 ss.; L. Eusebi, *La pena "in crisi". Il dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992; A. Pagliaro, *Sanzione. II) Sanzione penale*, in *Enc. giur.*, 28, 1992; P. Troncone, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 3 ss. Si consenta un rinvio anche a G. Palombino, *Ergastolo ostativo e funzione "variabile" della pena: una prospettiva costituzionale ed europea*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2017.

(48) «La rieducazione deve inoltre cedere il passo alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non sia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. Emblematico il caso di molti esponenti di spicco della criminalità organizzata, dalla mafia alle organizzazioni terroristiche» cit. G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2004, 13.

(49) Cfr. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale - parte generale*, Roma, 2017.

difficilmente potendosi giustificare, in ottica preventiva, la punibilità di un reato inoffensivo.

Altra argomentazione è quella proposta dalla Corte Costituzionale (50): è possibile giustificare l'anticipazione della soglia di punibilità ad atti preparatori, potenzialmente lesivi di beni fondamentali, ricorrendo al principio di proporzionalità. In base a quest'ultimo, un diritto costituzionalmente garantito può subire sacrifici ad opera della sanzione penale solo in funzione della tutela di altro interesse pure costituzionalmente rilevante (51). Nel caso di specie, accettare questa tesi significherebbe svuotare ulteriormente di significato il principio di offensività a favore della punizione di un fatto talvolta del tutto inoffensivo. In sostanza, fondare la limitazione di un diritto fondamentale su un giudizio di proporzionalità rischierebbe di legittimare la limitazione anche degli altri principi che fondano il diritto penale, come quello di legalità o della personalità (52).

Nel tentativo di rintracciare una giustificazione all'anticipazione della punibilità a discapito di libertà fondamentali, autorevole dottrina propone un approccio c.d. "realistico": è inevitabile che l'ordinamento preveda delle deroghe al principio di offensività, permettendo così di individuare anche ipotesi di «reati senza offesa» (53). Ciò, dovendo contenersi nei limiti della necessità ed eccezionalità, consente la configurazione di un diritto penale preventivo - esigenza comunque tutelata dalla Costituzione - da affiancare ad un diritto penale fondato sul principio di offensività: in sostanza, quindi, la presenza dell'offesa (e cioè la realizzazione della materialità del fatto) sarebbe necessaria o prescindibile a seconda del caso concretamente preso ad oggetto. Ebbene, accettare quest'ultima impostazione obbliga inevitabilmente l'interprete a ricorrere alla tecnica del bilanciamento, meccanismo che, per definizione, si basa su risoluzioni *case by case* delle questioni di volta in volta sottoposte all'attenzione dell'interprete.

Tecnica del bilanciamento, libertà all'informazione e sicurezza pubblica

Se è vero che un approccio realistico può essere giustificato solo attraverso uno strumento qual è il bilanciamento dei diritti, è anche vero che, per individuare il bene giuridico prevalente nel caso concreto, è necessario in primo luogo intercettare tutte le libertà e gli interessi fondamentali effettivamente coinvolti. Pertanto, se un estremo di tale bilanciamento è senza dubbio rappresentato da un diritto fondamentale dell'individuo, e nello specifico dalla libertà all'informazione, ci si domanda se dall'altra parte sia possibile collocare un interesse collettivo. Si ritiene che una considerazione di questo tipo sia avallata dalla stessa Carta costituzionale: l'art. 2, nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, richiede anche l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (54). Ebbene, inviolabilità e solidarietà ricordano i due fuochi di un'ellisse, immagine richiamata in dottrina (55) perché idonea a raffigurare l'ordinamento giuridico così come pensato dai Padri costituenti. Se da una parte, infatti, la Legge fondamentale sancisce l'invulnerabilità dei diritti individuali, dall'altra, richiamando i doveri di solidarietà, sancisce anche che quei diritti possano essere limitati per ragioni di carattere generale.

In particolare, la Costituzione italiana, nel caso in cui il riconoscimento di una libertà individuale ostacoli l'affermazione di un interesse collettivo, già pone in essere, talvolta, gli estremi di un bilanciamento da effettuarsi a monte, prima ancora di un formale giudizio di legittimità: per esempio, l'art. 13 Cost. ammette limitazioni della libertà personale in «casi eccezionali di necessità ed urgenza»; ancora, l'art. 14 Cost. ammette la violazione del domicilio «per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali»; infine, l'art. 16 Cost. sancisce che la libertà di circolazione del cittadino sia sacrificabile innanzi a «motivi di sanità o di sicurezza» (56). Per quanto riguarda la libertà all'informazione, l'unico limite imposto dall'art. 21 Cost. è quello

(50) V. Corte cost., sent. n. 333/1991.

(51) Cit. Mantovani, *op. cit.*, 186.

(52) Cfr. A. Cavaliere, *op. cit.*, 24.

(53) Cfr. F. Mantovani, *op. cit.*, 215 ss.

(54) Cfr. A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli - Foro it., a cura di G. Branca, Bologna - Roma, 50-119; Cfr. G. Bongiovanni, *Commento all'art. 2. Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera (1997), 67-92; D. Florenzano - D. Borgonovo Re - F. Cortese, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un'introduzione*, Torino, 2011.

(55) Cfr. M. Fioravanti, *op. cit.*, 17 ss.

(56) Ma, più in generale, si noti come la tecnica prescelta dal testo costituzionale per realizzare un bilanciamento fra interessi

individuali e interessi collettivi corrisponda alla riserva di legge (inoltre, alla riserva di legge si affianca, a volte, una riserva giurisdizionale, come avviene per la libertà di corrispondenza e di comunicazione sancita dall'art. 15 Cost., la cui limitazione può avvenire «per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge»); ciò dimostra come già all'interno dell'Assemblea costituente si fosse rilevato che, pur regolando i rapporti sociali, è possibile che la legge «si possa trovare nella necessità di apportare ulteriori attenuazioni alla garanzia dei diritti, anche di quelli che la Costituzione definisce inviolabili, quando essi si trovano in concorrenza con altri diritti o interessi». Cit. R. Bin - G. Pitruzzella, 541.

del «buon costume» (57); tale locuzione, a fronte dell'evidente indeterminatezza del suo significato, è stata interpretata dalla Corte Costituzionale in senso evolutivo, riconducendola «non soltanto a ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea» (58). Pertanto, la Legge fondamentale sembra ammettere una limitazione della libertà all'informazione ogniqualvolta «la comunità si senta colpita o danneggiata» da un contenuto diffuso in funzione dell'esercizio di quella stessa libertà (59).

Rispetto ad una tale lettura dell'art. 21 Cost. (60), ma anche in relazione alle altre norme richiamate e quindi al generale tenore della Costituzione, risulta corretto indagare sull'esistenza di una sicurezza pubblica come bene giuridico meritevole di tutela. Infatti, in materia di terrorismo, volendo accogliere l'impostazione realista a cui si faceva cenno e volendo giustificare, da un punto di vista costituzionale, la limitazione della libertà ad essere informati, potrebbe ipotizzarsi l'esistenza di un diritto alla sicurezza pubblica atto a limitare le garanzie costituzionali. Un bene giuridico di questo tipo, oltre ad essere richiamato indirettamente dalla Costituzione in più norme, è citato espressamente, dopo la riforma del 2001, dall'art. 117 (61): la norma, al comma 2, lett. h), affida alla competenza esclusiva dello Stato proprio le materie in

tema di ordine pubblico e sicurezza. Ma ancora più rilevante appare l'art. 10, comma 2, CEDU (62), il quale, nel riconoscere a ciascun individuo la libertà di espressione, individua la pubblica sicurezza come limite al suo esercizio. Questi dati pongono l'interprete innanzi a due quesiti, strettamente legati fra loro: in primo luogo, ci si domanda quale sia - e se vi sia - una differenza fra ordine pubblico e sicurezza; e soprattutto, in secondo luogo, come possa definirsi e di conseguenza in cosa consista la pubblica sicurezza.

Rispetto al primo quesito, è da ritenersi superata la teoria, sorta in periodo fascista ed enunciata nella relazione ministeriale al t.u.l.p.s. del 1926 con riferimento all'art. 2, per la quale «la tutela dell'ordine attiene più direttamente alla difesa degli ordinamenti obiettivi dello Stato, mentre la tutela della sicurezza attiene più direttamente alla difesa dei cittadini e dei loro beni», idea ispirata a sua volta a «quel grande principio di volere rafforzata l'autorità dello Stato e la gelosa tutela delle prerogative di sovranità inerente al potere di Governo» (63). Questa impostazione, d'altra parte, era anche frutto del pensiero secondo il quale i diritti dei cittadini costituissero soltanto dei «diritti riflessi» a fronte del potere dello Stato (64). Oggi, con la nascita dello stato democratico e quindi dello Stato - comunità, è da ritenersi che ordine pubblico e sicurezza rappresentino due facce di una

(57) Cfr. A. di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Padova, 1988; A. Pizzorusso, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti dall'incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003.

(58) Corte cost., sent. n. 293/2000.

(59) Cit. A. Papa, *op. cit.*, 63; è stato inoltre sottolineato che «i Costituenti hanno optato per una locuzione ("buon costume", appunto) che sottende un concetto alquanto vago e proprio per questo caratterizzato da una elasticità tale da poter essere adattato nel tempo all'evoluzione sociale, soprattutto attraverso l'azione dei soggetti (giudici, ma anche componenti di commissioni in ambito cinematografico, ecc.) chiamati a dare significato al disposto costituzionale». Cit. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in internet - Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 182.

(60) «Accanto alle disposizioni volte a tutelare situazioni giuridiche soggettive individuali, la legislazione ordinaria prevede alcuni limiti alla libertà di manifestazione del pensiero posti a difesa di quella che viene definita 'pace sociale', che viene declinata in una pluralità di interessi pubblici, quali il buon funzionamento della giustizia, la sicurezza dello Stato, la tutela della personalità di quest'ultimo e, particolarmente controversa, la salvaguardia dell'ordine pubblico inteso in senso sostanziale, ossia come 'ordine legale su cui poggia la pacifica convivenza sociale'», cit. A. Papa, *op. cit.*, 186.

(61) Volendo dare un seguito all'approccio sistematico secondo cui si è analizzata la legislazione in materia di terrorismo, risulta interessante notare che il testo della riforma del Titolo V della Costituzione e il primo decreto in materia di antiterrorismo

successivo agli attentati di New York portano la stessa data, 18 ottobre 2001. Questo dato acquista un valore significativo se si riflette sulla portata estremamente innovativa dell'art. 117, norma che, al comma primo, introduce in costituzione il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

(62) «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

(63) O. Checchi, *Il nuovo codice di p.s.: commentato e preadato da una nota illustrativa*, Firenze, 1927, 4.

(64) Ci si riferisce, in particolare, al pensiero del Guardasigilli Alfredo Rocco. Cfr. Von Gerber, *Lineamenti del diritto pubblico tedesco (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1880)*, trad. it. P.L. Lucchini, in Id., *Diritto pubblico*, Milano, 1971; per una lettura in chiave critica dell'ideologia del Rocco, si legga F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Torino, 1926, 102 ss. richiamate anche da P. Ungari, in *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, 65 ss.

stessa medaglia e che i diritti dei cittadini non siano “riflessi” bensì costituenti del potere statale (65): da un lato, l'ordine pubblico richiama un concetto di mero ordine materiale, il quale può essere turbato da un comportamento umano violento o da fatti naturali che pregiudicano la pubblica incolumità (66); dall'altro lato, la sicurezza pubblica rappresenta uno stato psicologico del cittadino e, come ha in passato specificato la Corte Costituzionale, si concretizza quando lo stesso «può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente a meta di uno Stato di diritto, libero e democratico» (67).

Ebbene, in base a quanto analizzato, ci si domanda ora se la sicurezza pubblica possa ritenersi un diritto soggettivo autonomo. A tale quesito, autorevole dottrina risponde negativamente dicendo che di un diritto soggettivo “alla” sicurezza pubblica non si possa parlare (68); ciò «deriva del resto dalle difficoltà strutturali che si frappongono all'enucleazione di una siffatta situazione giuridica soggettiva, non potendosi sostenere né che si tratti di un diritto ad esercitare arbitrariamente le proprie ragioni (artt. 392 ss. c.p.) al di là, quindi, dei limiti consentiti dall'autodifesa (art. 52 c.p.), né che costituisca un preteso diritto a prestazioni positive della polizia e dei carabinieri a semplice richiesta del cittadino, senza alcun margine di discrezionalità da parte delle forze dell'ordine» (69). Risolutiva in questo senso è ancora la Corte Costituzionale: nel 2001, dinanzi al rinvio di un giudice *a quo* che sosteneva doversi includere fra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. anche il diritto «a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato' mediante interventi dell'autorità giudiziaria limitativi dell'altrui libertà personale», i Giudici delle leggi risposero negativamente. In quell'occasione, la Corte osservava che «spetta esclusivamente alla discrezionalità del legislatore determinare, nel rispetto del principio della riserva di legge stabilito dall'art. 13, comma 2,

Cost., i casi in cui il giudice può disporre restrizioni della libertà personale, ed è pure riservata alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei casi eccezionali di necessità ed urgenza in cui possono essere adottati provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale ai sensi dell'art. 13, comma 3, Cost.» (70).

Quanto detto pone l'interprete dinanzi a due punti fermi: da una parte, la definizione della sicurezza pubblica come qualcosa di diverso rispetto a un diritto soggettivo autonomo; dall'altra parte, la rilevanza della riserva di legge, il principio di legalità e la conseguente discrezionalità del legislatore.

Ci si domanda, allora, se in relazione alla sicurezza pubblica, nonostante non possa qualificarsi come un diritto soggettivo autonomo, possano comunque rintracciarsi profili sufficienti a renderla contrappeso dei diritti fondamentali in sede di un giudizio di bilanciamento (71). Ebbene, pur volendola classificare in termini di mera «funzione dello Stato» (72), non si può negare che la sicurezza pubblica comunque configuri un bene giuridico, da cui promana, a sua volta, un interesse diffuso dei cittadini; ciò lo si deduce dal tenore generale della Costituzione, dal nuovo disposto dell'art. 117 ed anche dalle norme del Codice penale che, al momento di tipizzare condotte «contro la personalità dello Stato», non possono che prendere in considerazione anche la tutela di un interesse diffuso come quello determinato da un'esigenza di sicurezza. D'altra parte, come si sottolineava al principio del presente lavoro, per poter dare luogo a un giudizio di bilanciamento si necessita di un principio e cioè di una norma dalla portata generale. Ma se è vero che il bilanciamento è la sede in cui le Corti costituzionali creano nuovi diritti (73), allora anche la sicurezza pubblica potrebbe acquisire quei caratteri generali tali da divenire un principio generale dell'Ordinamento. Un principio, per sua stessa natura, «si limita a prescrivere un orientamento da seguire, una tendenza da rispettare, un valore che richiede di essere

(65) Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004.

(66) Cfr. A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, CLXI, 1963, 111 ss.; C. Lavagna, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 367 ss., 372; A. Cerri, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, 1990; Id., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, ivi, XXV, Roma 2007; G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 133 ss.

(67) Corte cost., sent. n. 2/1956.

(68) Per una critica del diritto alla sicurezza si veda, fra gli altri, A. de Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controlli*, Roma, 2000 e L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza*

zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberista, Milano, 2000.

(69) Cit. A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2015.

(70) Corte cost. ord. n. 187/2001.

(71) Sul punto, V. G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in www.medialaws.eu, 2018. L'autore, d'altra parte, affronta il tema da una diversa prospettiva, e cioè quella della protezione dei dati personali.

(72) Cfr. A. Pace, *op. cit.*, 111 ss.

(73) Cfr. R. Bin - G. Pitruzzella, *op. cit.*, 540 ss.

preso in considerazione» (74); la sua applicazione, dunque, «esige concretizzazione, e anzi “applicare” un principio consiste precisamente nel concretizzarlo» (75). Ebbene, il bilanciamento diviene la sede in cui la sicurezza pubblica, “orientamento da seguire”, viene applicata e concretizzata, così trasformandosi in principio generale dell’ordinamento.

È qui che interviene il secondo punto fermo dello sviluppo della presente analisi: il principio di legalità e la riserva di legge. In presenza di uno stato di crisi, il legislatore è chiamato a ricorrere alla sua discrezionalità e a creare quelle norme che, in un’ottica preventiva, possano salvaguardare l’ordinamento costituzionale. Se è vero, infatti, che «l’ordinamento ha spesso cercato di inglobare nella “regola” l’eccezione» e se si accetta «la teoria della necessità come fonte suprema dell’ordinamento» (76), la sicurezza pubblica non sarebbe altro che una delle facce di questa necessità, in presenza della quale la legge è l’unico strumento idoneo a combattere la minaccia ai valori fondamentali della comunità (77). Di conseguenza, è inevitabile che «quando la legalità basta per salvare la società, sia la legalità» (78).

Conclusioni

Le disposizioni normative dedicate alla prevenzione del terrorismo, emanate nei paesi occidentali dal 2001 ad oggi, ridefiniscono gli equilibri costituzionali degli Stati che le hanno adottate. È inevitabile, d’altra parte, che l’ordinamento assista periodicamente, in momenti di crisi, alla

compressione delle garanzie costituzionali (79). È stato sottolineato, infatti, come «tutta la nostra storia costituzionale occidentale sia segnata da questo problema» (80). Il concetto di crisi costituzionale «è immanente, costantemente attuale, nella storia costituzionale europea, che è scandita proprio dalle tappe più significative della minaccia all’ordine costituito e dalle reazioni dello Stato, tutte ispirate all’esigenza di proteggere la sicurezza collettiva anche al costo di interrompere le garanzie costituzionali». Dai moti del ‘48 fino all’avvento del fascismo, «crisi ha significato rottura, interruzione nella tutela costituzionale dei diritti, la loro ricorrente sospensione nel prevalente interesse della tutela dell’ordine pubblico» (81).

La storia recente dimostra come anche nell’ordinamento italiano la compressione delle libertà fondamentali non sia un fenomeno nuovo (82); durante gli “anni di piombo”, ad esempio, il legislatore è stato costretto ad emanare provvedimenti che hanno limitato fortemente il godimento dei diritti costituzionali, dilatando, ad esempio, le ipotesi di carcerazione preventiva. La Corte Costituzionale, interrogata sul punto, al tempo ha affermato che, benché ciò susciti «immediato e profondo turbamento (...), di fronte ad una situazione d’emergenza (...) Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d’emergenza» (83). Peraltro, nella stessa sentenza, i Giudici hanno dichiarato che «l’esigenza della tutela

(74) Cit. M. Iovane, *La participation de la société civile à l’élaboration et à l’application du droit international de l’environnement*, in “Revue générale de droit international public”, 112, 2015, 3, 492.

(75) Cit. R. Guastini, voce *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, 686 ss.

(76) Cit. R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova 2007, 39-54.

(77) Cfr. M. Ainis, *L’eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 2, 1993.

(78) Parole scritte da Donoso Cortés nel suo celebre *Discorso sopra la dittatura*.

(79) Così come descritta, la necessità, normalmente manifestata dagli organi statali per mezzo della decretazione dello stato di emergenza, sembra coincidere, quantomeno sotto il profilo temporale e in relazione agli eventi che ne determinano la generazione, con il potere costituente. Quest’ultimo, infatti, è quel potere che, emergendo nei momenti di crisi e di rottura dei valori fondamentali di una comunità, è chiamato a rifondare la comunità stessa. Ma, se potere costituente e stato di necessità talvolta coincidono, quantomeno a causa della sovrapposizione dei momenti storici che ne determinano la formazione, gli stessi differiscono sotto il profilo della rispettiva dilatazione temporale: se il potere costituente è chiamato a dettare un ordine permanente, almeno fino ad una successiva “rottura”, la necessità sospende le garanzie costituzionali ma mantenendole in vita. Se

non fosse così, d’altra parte, la necessità diverrebbe a sua volta pretesto per la nascita di un nuovo potere costituente. Cfr. M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; Cfr. E. Denninger, *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. Baldini, Cassino, 2005, 54.

(80) Cit. R. Bin, *op. cit.*, 39; Cfr. A. Benazzo, *L’emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 56.

(81) R. Bin, *op. cit.*, 40.

(82) Dalla Rivoluzione francese in poi, tutte le crisi sono state giustificate da reali o supposte invasioni esterne. Negli Stati Uniti, si pensi «ai provvedimenti con cui Lincoln, durante la Guerra civile, sospese la libertà di espressione e l’*habeas corpus*, facendo sottoporre i civili ai tribunali militari senza possibilità di appello; dall’Espionage Act del 1917, con cui furono incarcerati oppositori alla coscrizione e dissidenti politici, nonché introdotte pesanti limitazioni alla stampa e alla corrispondenza (misure ulteriormente aggravate dal Sedition Act del 1918), alla deportazione di massa di giapponesi e di cittadini americani di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale: e, naturalmente, al Patriot Act con cui l’amministrazione Bush ha reagito all’11 settembre», G. Stone, *Perilous Times - Free Speech in Wartime*, New York - London, 2004.

(83) Corte cost., sent. n. 15/1982; v. anche A. Barak, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, 3385, 3393.

dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica» sono la «causa occasionale» che impone allo Stato di intervenire in questo senso.

D'altra parte, se ciò è vero o è, quantomeno, condivisibile, si consideri anche il rischio che si ammette dichiarando la "necessità" una circostanza legittimante la compressione di una libertà fondamentale. La discrezionalità riconosciuta a Parlamento e Governo non può giustificare reiterate eccezioni alle garanzie costituzionali ma al contrario, proprio a difesa di queste ultime, deve essere sottoposta al rispetto di limiti, anch'essi frutto, così come la necessità, della contingenza. In primo luogo, deve essere lo stesso legislatore ad "auto-limitarsi"; il potere legislativo, superata ormai da tempo quella risalente convinzione che proclamava la sua "infallibilità" (84), discende da un dovere costituzionale e il suo esercizio, pertanto, non può prescindere dalle garanzie sancite dalla Carta

che fonda quello stesso potere. Risiede nella responsabilità del legislatore, quindi, l'obbligo di porre in essere un bilanciamento a monte tra libertà individuale e interesse collettivo, prima ancora, cioè, che una norma vigente venga sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale. È senza dubbio a quest'ultima, in secondo luogo, che spetta verificare il corretto operato del legislatore e confermare che lo stesso non abbia abusato del suo potere (85), sorpassando le garanzie imposte dalla Legge fondamentale. Infine, chiamato ad assolvere il compito di limitare la discrezionalità dei poteri legislativo ed esecutivo non può che essere il potere giurisdizionale; è il giudice ordinario, in sede di concretizzazione del diritto, a dover discernere la necessità dalla mera opportunità politica, nella prospettiva di intendere quando la *extrema ratio* della sanzione penale sia l'unico strumento idoneo a tutelare l'interesse comune.

(84) Si richiama qui la celebre sentenza "Francovich" della Corte di Giustizia europea del 19 novembre 1991.

(85) Sul punto, V. G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2016, dove si colloca la problematica rilevata nella categoria dell'abuso del diritto.