

TUTELA PENALE, SICUREZZA E PROVVEDIMENTI DI POLIZIA NEL MODELLO DELL'ESPULSIONE DEL TERRORISTA ^(*)

di Giovanni Romano

SOMMARIO: 1. Premessa. Il terrorismo internazionale ed il sistema *integrato* tutela penale/espulsione dello straniero. – 2. Libertà personale e discrezionalità amministrativa nel principio di adeguamento. – 3. Per un recupero delle misure di polizia: limiti necessari e diritti fondamentali. – 3.1 Adeguatezza e proporzione delle misure di prevenzione nel giudizio di ragionevolezza. – 3.2. Idoneità e necessità dell'espulsione: la relazione inversa pena/misura di polizia nella funzione preventiva. – 4. Il bilanciamento tra beni collettivi e diritti dell'individuo. – 5. Responsabilità penale e pericolosità sociale nella prevenzione extrapenale. – 5.1. Misure di polizia e condotte anti-sociali: l'ipotesi del sospetto terrorista. – 5.2. Prevenzione di polizia ed intervento penale. – 6. Diritto alla sicurezza ed anticipazione della tutela penale. – 6.1. Sicurezza urbana e controllo sociale. – 7. La concorrenza razionale libertà/sicurezza. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. Il terrorismo internazionale e il sistema *integrato* tutela penale / espulsione dello straniero.

Gli attentati terroristici degli ultimi anni hanno creato a livello globale una vera *aspettativa* del terrorismo¹. Il terrorismo è, infatti, *delocalizzato* nelle cause e negli effetti, *incalcolabile* rispetto ai rischi ipotetici, *non-compensabile* nei danni prodotti: le possibilità di attentati diventano illimitate, si riducono i margini di controllo e calcolabilità degli attacchi e cresce la percezione di insicurezza².

Il legislatore italiano ha interpretato questo cambiamento a livello internazionale ed è intervenuto con soluzioni che indicizzano bisogni di una tutela diversa della sicurezza, con un'anticipazione più forte dell'intervento *ante-delictum*. Le *“Nuove norme in materia di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo”*

(*) Il dott. Giovanni Romano, magistrato presso la Procura di Enna prematuramente scomparso in un incidente stradale il 18 febbraio 2019, aveva predisposto il presente contributo nel 2009, dopo il conseguimento del titolo di Dottore di ricerca in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” nell'Università di Palermo. Lo studio prendeva le mosse dalla sua tesi dottorale, della quale ero stato relatore, ma non completò l'*iter* per la pubblicazione a causa dell'assorbente impegno con cui il suo Autore si dedicò all'accesso in magistratura. Per onorarne il ricordo e al fine di consentire una più ampia conoscenza della sua viva intelligenza e delle sue capacità di ricerca, il testo da lui allora predisposto è stato sottoposto – grazie al prezioso aiuto del dott. Luca Tumminello, oggi ricercatore di diritto penale nell'Università di Palermo e suo amico sin dai tempi del comune dottorato – ad una revisione essenziale ed esclusivamente formale, che ne ha consentito l'attuale pubblicazione (*Vincenzo Militello*).

¹ BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, (ed. it.), Roma-Bari, 2008, 113.

² BECK, *Conditio humana*, cit., 86, 247.

(art. 3 d.l. 144/05, conv. in L. 155/05) hanno introdotto l'espulsione dello straniero sospettato di agevolazione al terrorismo; una misura amministrativa in particolare espressione di una graduazione fra libertà individuali e beni collettivi³. La soluzione accoglie strategie di compressione della libertà nel rafforzamento dei poteri pubblici, attraverso provvedimenti di polizia all'apparenza liberi da incisivi controlli giudiziali, combinando misure di prevenzione per soggetti pericolosi e formule di controllo dell'immigrazione irregolare. D'altra parte, la novità nell'allarme del terrorismo suicida: transnazionalità, frammentazione in cellule e connotazione ideologica segnano le ragioni di inadeguatezza dei tradizionali modelli preventivi, imponendo di legare allo strumento penale soluzioni di efficacia amministrativa al costo di garanzie individuali⁴.

Il d.l. 144/05 prevede così, da un lato, strumenti di prevenzione che arretrano la soglia di tutela penale sino a condotte solo prodromiche di attentati; da un altro, a livello amministrativo, si restaurano i codici di controllo della pubblica sicurezza, con tecniche di incapacitazione, materiale neutralizzazione ed esclusione dei soggetti pericolosi dal corpo sociale. Si crea così un legame tra disciplina amministrativa e penale, nel segno di una graduazione delle garanzie rispetto tanto ai presupposti legittimanti la misura espulsiva quanto alla tutela giurisdizionale. Un fenomeno di interazione, peraltro, non ristretto al contesto nazionale, ma che trova corrispondenza nell'ambito comunitario del contrasto all'immigrazione e della prevenzione al terrorismo mediante il controllo delle frontiere⁵.

Il dato emergente dalla trasformazione in corso nel settore della prevenzione al terrorismo consiste nella scelta di affiancare il diritto di polizia agli strumenti di origine penale; tale molteplicità di fronti di intervento formalizza la risposta a precise istanze di difesa sociale, connesse al rischio anche in Italia di attentati⁶. La combinazione fra

³ Cfr. *ex multis* FORLENZA, *Liti sui decreti di espulsione restituite al Tar*, in *Guida dir.* 2005, 70 ss.; FRIGO, *Straniero cacciato senza garanzie*, in *Guida dir.*, 2005, 76 ss.; PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la "normalizzazione dell'emergenza"*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1765 ss.; BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. Il parte. Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 13 ss.; CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006, 152 ss.

⁴ VIZZARDI, *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, in *Corr. mer.*, 2005, 1305; LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento di beni*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo* (a cura di A. Dalia), Milano, 2006, 409.

⁵ Cfr. NASCIBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, (a cura di L.S. Rossi), Milano, 2004, 273 ss.

⁶ "Un efficacissimo strumento preventivo nei confronti dei più pericolosi fondamentalisti islamici; pericolosi perché contigui ad organizzazioni terroristiche o perché impegnati in attività di supporto logistico o di propaganda jihadista e antioccidentale", nonché "valvola di sicurezza per sopperire ai ritardi con cui gli ordinamenti giuridici occidentali si stanno adeguando alla minaccia del terrorismo suicida" (On. Pisanu, seduta della Camera dei Deputati del 2 dicembre 2005 sulla prima applicazione della L. 155/05, in sito web www.interno.it/ministro/interventi). La preferenza a modelli penal/amministrativi si conferma nel d.l. n. 92/08, convertito in L. 125/08 (c.d. "Pacchetto sicurezza", cfr. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 5 ss.; CAIA, *"Incolunità pubblica" e "sicurezza urbana" nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in www.giustamm.it del 28 ottobre 2008; NAZZARO, *La funzione "emergenziale" della*

modelli extrapenali di tipo innocuizzante e tecniche di tutela penale caratterizza ormai il *sottosistema* dell'antiterrorismo; la ratio di una tale soluzione *integrata* deriva dalla scelta, nei casi in cui l'intervento non sia arretrabile a condotte penalmente irrilevanti, di far intervenire il diritto amministrativo, caratterizzato dall'esercizio del potere discrezionale. Un sistema con modalità differenziate di intervento che intensifica l'efficacia dell'arsenale penalistico e che, tuttavia, non si esaurisce nelle scelte di criminalizzazione, producendo un *sottosistema alternativo*⁷ alla strategia di codificazione, grazie anche al ricorso a norme extrapenali. Il d.l. 144/05 è, in effetti, un (ulteriore) caso di disciplina multiforme, con profili amministrativi, processuali, sostanziali, rispetto al quale il sistema penale si propone come *sistema solo parzialmente chiuso*⁸, con un nucleo intrinseco di riferimento di principi e valori nella tutela (principio di legalità, materialità, proporzionalità, giusto processo); tuttavia, aperto a scambi di significato con altri rami del diritto. Il diritto penale resta così suscettibile di comunicare con fonti extrapenali, a condizione di preservare intangibili differenze identitarie⁹. Dinanzi ad un nucleo indisponibile del diritto penale, il sottosistema dell'antiterrorismo si equilibra nella frontiera con fonti extrapenali, a condizione di non integrare un insieme di disposizioni eccezionali e di deroghe ai principi generali del sistema penale¹⁰.

Nel rapporto diritto penale/meccanismi extrapenali la prospettiva deve essere, d'altra parte, la duplice dimensione dello strumentario non penale: talvolta, alternativo alle scelte di criminalizzazione (es., i casi di *depenalizzazione*); altre volte, in stretta *integrazione* tra fini di tutela¹¹. Da ciò la disciplina in tema di espulsione conferma la *ratio* di interferenza: negli spazi di prevenzione con più rischio di sovrapposizione tra diverse forme di intervento il ricorso allo strumentario penale si connota – anziché di segno espansivo/autoreferenziale – di tendenze riduzioniste. Da un lato, a favore di soluzioni di c.d. *diritto penale minimo* e, dall'altro, di contatti con altre tecniche di tutela di interessi fondamentali della persona. Proprio la protezione dei diritti fondamentali nei processi di contrasto del terrorismo è, infatti, tratto congiuntivo fra le due tutele, secondo la reciproca finalità di essere entrambe, anziché limite, strumento di protezione dalle aggressioni ai *beni-fine* costituzionalmente tutelati¹².

pena tra "castigo" e "premio": spunti di riflessione sulla recente "emergenza sicurezza", in *Riv. pen.*, 2009, 227 ss.) nonché nel d.l. 249/07 (non convertito), nel d.lgs. 32/08 in tema di allontanamento dei cittadini comunitari e da ultimo nel d.l. 11/09.

⁷ Cfr. LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizione e ridefinizione*, in *Ind. pen.*, 2005, 7 ss.

⁸ LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale*, cit., 26.

⁹ RESTA, *L'osservazione del diritto*, in *Diritto giurisprudenziale* (a cura di Bessone), Torino, 1996, 63 ss.

¹⁰ In tal caso vi sarebbe il rischio di *eterosistemi* fuori dal sistema di diritto penale. LOSAPPIO, *Il sottosistema*, cit., 29. PULITANO, *La riforma del diritto penale societario, fra "dictum" del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 971, segnala, inoltre, il pericolo della disponibilità del sottosistema a convalidare tendenze di *doppio binario*.

¹¹ Segnala tale duplice rapporto, sia pure in un contesto diverso, FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* (a cura di), Milano, 2001, 28-30.

¹² Cfr. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 477 ss. In senso

In questa dimensione di intreccio di discipline serve autonomia dalla prospettazione teorica del rapporto Stato-cittadino nel senso di tutela del secondo dagli abusi del primo, a favore invece di una visione dei due strumenti come mezzi entrambi di protezione delle libertà fondamentali. La duplice dimensione – penale ed extrapenale – si giustifica, infatti, nella necessaria pluralità di tecniche di tutela e nell'insufficienza dei soli moduli di prevenzione penale nel contrasto al terrorismo. Nella coniugazione delle scelte preventive il superamento dell'autosufficienza penale conduce a coordinamenti in direzione amministrativa¹³.

*L'irruzione del potere amministrativo nel diritto penale e nel processo penale*¹⁴ in forme di incapacitazione ed esclusione dal consorzio sociale non va però misurata solo su finalità di politica criminale o di mero controllo sociale per sterilizzare le percezioni di insicurezza; essa va parametrata sull'ammissibilità costituzionale di restrizioni extragiudiziali alla libertà in bilanciamento con altri *diritti* od *interessi*. L'equilibrata articolazione dei principi in tema di libertà personale rispetto a particolari presupposti nella misura di polizia – ad es. la deroga temporanea alla riserva di giurisdizione (art. 3 comma 2 d.l. 144/05) – può neutralizzare i rischi di divaricazioni in sottosistemi inconciliabili: quello penale *latu sensu* e quello amministrativo¹⁵. Il diritto penal-amministrativo dello straniero – se pensiamo anche alla disciplina dell'immigrazione irregolare – rischierebbe, infatti, di coincidere con un sistema di neutralizzazione ai cui scopi i principi penali resterebbero inesorabilmente sottomessi, se in difetto di rimedi equilibranti dell'incidenza sui diritti fondamentali gravati dalla limitazione¹⁶.

Il modello di espulsione preventiva sembra allora conciliabile con la tutela penale a condizione che, accanto a modalità di intervento di altra origine, la soluzione penale non muti radicalmente in senso illiberale; con un sottosistema privo di attaccamenti solo nominalistici ai principi del diritto penale classico, che rinuncia al *disagio della modernità* per un diritto (non più solo penale) multiforme nell'eterogeneità delle richieste di tutela e rispettoso delle garanzie fondamentali¹⁷.

L'effetto di interazione fra disciplina penale ed extrapenale collega poi l'espulsione ad altri profili di intervento in tema di prevenzione al terrorismo. Il modello dell'espulsione amministrativa costituisce ipotesi diffusa di integrazione fra prevenzione al fenomeno e diritti dello straniero, dal momento che in una serie di norme di matrice amministrativa in tema di immigrazione irregolare ed asilo il richiamo al terrorismo ha rilievo diretto ed indiretto. Tale connotazione criminosa è presupposto, ad esempio, della misura di respingimento ed allontanamento; essa è

contrario CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti sul securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 2007, 1113.

¹³ Il richiamo è ancora a FIORAVANTI, *La tutela penale*, cit., 29.

¹⁴ CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, cit., 1117.

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 796.

¹⁶ Segnala tali rischi anche CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi su quest. crim.*, 2007, 61.

¹⁷ LOSAPPIO, *Il sottosistema penale*, cit., 33.

causa ostativa ad ingresso e soggiorno ai sensi dell'art. 4 comma 3¹⁸ e comma 6¹⁹ del d.lgs. 286/98, nonché ai fini del diritto di asilo. Non può ottenere, infatti, rilascio né rinnovo del visto di ingresso o di soggiorno uno straniero condannato in Italia per reati di terrorismo, attinto da una precedente espulsione ovvero il cui nominativo sia nelle liste di soggetti, gruppi od entità ritenuti promotori, organizzatori, finanziatori di organizzazioni con finalità terroristiche, elaborate dal Consiglio UE²⁰; ovvero ancora il soggetto segnalato dal SIS (Sistema Informativo Schengen) in quanto condannato per reati di terrorismo o ritenuto pericoloso per la sicurezza in Paesi dell'area Schengen²¹. Il giudizio sulla pericolosità in tema di terrorismo resta in tali casi saldamente connesso ad attività oggetto di valutazione amministrativa²².

Nel nostro ordinamento il terrorismo non rileva, dunque, solo riguardo al sistema penale: esso è oggetto di multiforme regolamentazione in ragione delle plurime forme di manifestazione e della natura primaria di interessi e valori di convivenza a cui si oppone. In tal modo, la prevenzione attiene a terreni di incrocio fra più discipline, nell'ambito della condizione giuridica dello straniero e delle norme di pubblica sicurezza, dove il rinvio alla finalità terroristica è presupposto di allontanamento. In tale settore i punti di congiunzione tra intervento penale ed amministrativo nonché di sutura nella divaricazione delle garanzie ricadono direttamente su oggetto e scopi di tutela: in taluni casi, la rilevanza del terrorismo nell'espulsione resta indipendente da iniziative giudiziali ed allora l'intervento preventivo ha connotazione amministrativa (artt. 4 d.lgs. 286/98 e 3 d.l. 144/05); altre volte, il bisogno di innocuizzazione impone invece l'allontanamento a seguito di accertamento di responsabilità penale e di esecuzione della pena (artt. 312 c.p. e 15 d.lgs. 286/98).

¹⁸ In base al quale non è ammesso in Italia lo straniero che sia considerato minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato ovvero proveniente da Paesi con cui l'Italia sia parte di accordi per la soppressione di controlli alle frontiere interne e per la libera circolazione delle persone e che sia stato rinvio a giudizio o condannato per un reato tra quelli di cui all'art. 380 del codice di procedura penale. Cfr. TAR Emilia-Romagna, 11 gennaio 2001, n. 1 secondo cui la pericolosità sociale dello straniero desunta da gravi, precisi e circostanziati elementi in possesso dell'autorità di pubblica sicurezza è titolo per il diniego o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno.

¹⁹ Il quale prevede il divieto di ingresso per gli stranieri da espellersi e per quelli segnalati – in base ad accordi o Convenzioni vincolanti per l'Italia – ai fini di respingimento o non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, sicurezza nazionale e tutela delle relazioni internazionali.

²⁰ In base al par. 3, art. 2 Regolamento CE 2580/2001, in conformità all'art. I, par. 4, 5, 6 della posizione comune 2001/154/PESC.

²¹ Sul punto sono intervenute recenti modifiche con il regolamento (CE) n. 871/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004 e con la decisione 2005/211/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, nel segno dell'attribuzione di nuove funzioni al SIS nella lotta al terrorismo.

²² Inoltre, ai sensi dell'art. 1 comma 4 lett. d) del d.l. 416/89, convertito con modificazioni in L. 39/90, la rilevanza del terrorismo pone limiti all'ammissibilità di istanze per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in caso di condanna in Italia (non in altri Paesi dell'area Schengen né all'estero) per uno dei delitti di cui all'art. 380 comma 1 e comma 2 c.p.p. o di pericolosità per la sicurezza dello Stato. In tal senso, a livello sovranazionale si pensi anche all'art. 1.F lett. c) della Convenzione di Ginevra, nel caso di atti contrari ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite; in ambito comunitario, alla direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, con il rinvio agli artt. 1 e 2 della Carta ONU.

L'espulsione per ragioni di prevenzione al terrorismo si innesta sull'impianto eterogeneo per un verso di presidi penali ed amministrativi all'immigrazione e per altro verso della disciplina in tema di persone pericolose²³: il legislatore, in tal modo, regola lo strumento mediante il riferimento non solo al terrorismo quanto all'ambito più specifico dello *status* di straniero²⁴. La presenza di un sistema integrato tutela penale/modello amministrativo di espulsione deriva in fondo dalla stessa morfologia preventiva della misura, caratterizzata dalla neutralizzazione con allontanamento del *non-cittadino* dal territorio nazionale prima che si realizzino condotte penalmente rilevanti. Dinanzi a tale finalità di tutela, la nuova espulsione ministeriale si insedia nel sistema di disciplina delle misure di prevenzione personali, come denota anche il richiamo dell'art. 3 d.l. 144/05 ai presupposti di espulsione prefettizia vincolata (l'art. 18 L. 152/75)²⁵.

2. Libertà personale e discrezionalità amministrativa nel principio di adeguamento.

Nell'integrazione fra modello extrapenale di espulsione e tutela penale, problema centrale è la selezione dei meccanismi dell'intervento di polizia nella relazione interessi pubblici/diritti di libertà.

L'attività di polizia possiede naturale tensione alla tutela primaria di beni pubblici; in particolare, il richiamo all'ordine pubblico esprime la funzionalità dell'azione amministrativa rispetto a fini di tutela di interessi pubblici tramite moduli compatibili sul piano costituzionale²⁶. Con l'espulsione antiterrorismo si predilige la

²³ Il rinvio agli stranieri in tema di pubblica sicurezza non è più il r.d. 773/1931 (il cui Titolo V è stato nel tempo abrogato), bensì il d.lgs. 286/98. Per i riferimenti precedenti alla normativa vigente v., fra gli altri, SORRENTINO, *L'espulsione degli stranieri*, in *Giust. pen.*, 1980, vol. I, 216; D'ARGENTO, *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979, 135 ss.; BISCOTTINI, *L'ammissione ed il soggiorno dello straniero*, in *Scritti in onore di V. E. Orlando*, Padova, 1957, 188 ss.; CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, 221 ss.; PEPINO – ZANCHETTA, *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, in *Quest. giust.*, 1989, 657; SABATINI, *Stranieri (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 545 ss.

²⁴ Non a caso l'antecedente della fattispecie è nell'art. 13 commi 1 e 2 lett. c) del d.lgs. 286/98. Cfr. BONETTI – CASADONTE, *Ingresso e soggiorno*, op. cit., p. 428; SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, cit., 92. In particolare, la misura è prefettizia se lo straniero è entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera (cfr. Cass. sez. I 14 novembre 2003, n. 17191), si è trattenuto senza chiedere il permesso di soggiorno nel termine di legge ovvero appartiene alle categorie di soggetti pericolosi di cui all'art. 1 della L. 1423/56. L'ipotesi ministeriale (*ab origine* prevista nell'art. 7 comma 5 della L. 39/90, modificato dal d.l. 489/95) appare invece un vero "atto politico o di governo o di alta amministrazione" (LA MONICA – MARINI – MAZZA – RIONDATO, *Manuale del diritto di polizia*, Milano, 1993, 356). Cfr. TAR Lazio, sez. I-ter, dec. 11 novembre 2004. L'autorità di pubblica sicurezza è tenuta a valutare il carattere *oggettivo* degli elementi di sospetto e presunzione, l'attualità della pericolosità e la complessiva personalità del soggetto. Cfr. Cass. sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18321; BELLAGAMBA – CARITI, *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2005, 109.

²⁵ Cfr. Cass., sez. I, sent. 18 febbraio 2002, n. 12721.

²⁶ LA MONICA – MAZZA – MARINI – RIONDATO, *Manuale del diritto di polizia*, cit., 7; Marini, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, Torino, 1984, vol. V, 571; cfr. pure C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, vol. XXX, 1084 ss.; G. CORSO, voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, vol. XXX, 1057 ss.

protezione di tali interessi; ciò però non esclude l'apertura ad altri sistemi di tutela. Anche il diritto penale, infatti, opera a tutela di beni collettivi, seppure senza tecniche di bilanciamento dei beni protese così tanto verso l'interesse pubblico. Peraltro, anche la natura della situazione tutelata suggerisce difformità sostanziali evidenti nelle tecniche di protezione: diritto soggettivo in un caso (tutela penale), interesse legittimo nell'altro (misure amministrative di polizia). Questa è, anche a livello simbolico, la differenza principale nella scelta di affiancare alla tutela penale quella amministrativa, ponendo al centro della lotta al terrorismo ordine pubblico e sicurezza come beni prevalenti sui diritti di libertà.

A mio giudizio, il punto di cesura principale fra soluzione extrapenale e tecniche di tutela penale si pone sul piano dei principi di regolazione dell'attività amministrativa, in particolare sul profilo del potere discrezionale incidente sui diritti del cittadino. Le modalità di intervento amministrativo si connotano di un elemento di scelta fra alternative senza eguali nel sistema penale: la distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative si lega ad una funzione di autotutela dell'amministrazione, con conseguenze, oltre che sull'organo competente, proprio sulla discrezionalità dei poteri pubblici e sull'incidenza su diritti fondamentali e garanzie giurisdizionali²⁷. Per evitare lesioni illegittime dei diritti inviolabili e ricondurre a legittimità il conflitto diritti/interessi, un'utile chiave di lettura è rinvenibile nel principio di *adeguamento*.

La centralità di tale criterio nel rapporto interessi pubblici/diritti di libertà emerge dal fatto che esso interviene sul carattere coesistente all'attività amministrativa, cioè la discrezionalità nelle funzioni. L'insieme di funzioni amministrative – quale complesso di attività per la cura di interessi alieni, né libera né interamente vincolata²⁸ – si realizza proprio nell'esercizio di poteri discrezionali a protezione della gamma di interessi pubblici meritevoli di cure della pubblica amministrazione²⁹.

La presenza del principio di adeguamento nel nostro sistema conferma, inoltre, la riconducibilità delle misure di polizia di epoca fascista a concezioni statualiste nel rapporto Stato – individuo, che invece sono capovolte nella Costituzione. In proposito, è superfluo richiamare il carattere personalistico che anima il testo costituzionale, secondo la tutela dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. e alla luce della funzionalizzazione dell'intervento statale alla protezione primaria del singolo anziché dei beni collettivi. Il diritto di polizia ormai, per essere costituzionalmente non

²⁷ PAGLIARO, *Corruzione per il compimento di atto discrezionale*, in *Processo Lockheed*, Suppl. a n. 10 di *Giur. cost.*, 1979, 450-451.

²⁸ Sul concetto di funzione nel diritto amministrativo cfr. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, I, 1969, 241; S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 180; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 445 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 121 ss.

²⁹ Cfr. MATTARELLA, *Diritto amministrativo generale, L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), tomo I, 2° ed., Milano, 2003, 700; CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 3 ss.

censurabile, è tenuto ad operare in un sistema avente al centro la persona umana come valore supremo nell'esercizio dei pubblici poteri³⁰.

Da tale punto di partenza, la prospettiva di tutela dei diritti del cittadino impone criteri rigorosi per garantire legittimità alle compressioni, in particolare se riconducibili alla sicurezza pubblica. A differenza dell'impostazione pre-costituzionale che escludeva nel contesto autoritario il conflitto, quella costituzionale, nella prospettiva di tutela dei diritti di libertà, ricerca sempre i criteri per realizzare l'armonia. Essa persegue formule di standardizzazione di strumenti per risolvere contrasti fra singole libertà ed interessi antitetici; con la consapevolezza che l'interesse primario dell'attività amministrativa resta l'interesse pubblico, cioè quello fatto proprio dall'ordinamento in quanto condiviso da tutti i cittadini (es., sicurezza, tutela dell'ambiente), ovvero da singoli gruppi sociali (es., anziani, automobilisti), nei termini di un interesse la cui cura è ritenuta rilevante per la collettività.

In realtà, anche tale aspetto nasconde sottese logiche personalistiche: gli interessi pubblici non sono concepibili né come tutelabili isolatamente né in quanto avulsi dall'immersione in contesti relazionali con valori contrapposti; nello svolgimento di funzioni amministrative, si richiede la valutazione di molteplici interessi, pubblici ed individuali, in rapporto a quello primario cui è accordata tutela diretta dalla pubblica amministrazione³¹. Ciò non è secondario nell'espulsione: l'impostazione personalistica implica che le tecniche di tutela non riflettano necessaria prevalenza di un interesse, bensì continua correlazione tra finalità complessive e, come tali, restino non isolabili nelle funzioni amministrative. Anche in ragione di ciò è possibile una coincidenza di oggetto fra tutela amministrativa e penale: l'interesse proteggibile, infatti, può essere il medesimo e, tuttavia, il risultato effettivo non necessariamente coincidente. Ciò però in ragione non della diversa natura o meritevolezza di cura del singolo bene, quanto della specificità del sistema di tutela in cui la protezione si realizza (es., la diversa efficacia delle tecniche di tutela, nonché la loro incidenza nella sfera dei diritti inviolabili)³².

Da altra prospettiva, l'invulnerabilità dei diritti di libertà non è riducibile ad un concetto immune da correlazioni con i particolari contesti storico-ambientali: dal momento che la prospettiva di tutela del diritto di libertà si inserisce in assetti costituzionali in cui difettano valori o beni univocamente prevalenti, i moduli di commisurazione vanno ricercati in concreto in ragione dei mutamenti sociali e dei contesti di origine di tali valori³³.

Questi criteri corrispondono, in definitiva, ai generali meccanismi di *bilanciamento* di interessi rispetto a modi e mezzi di esercizio dei diritti di libertà. La

³⁰ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 718; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 71 ss.

³¹ MATTARELLA, *Diritto amministrativo*, cit., 702.

³² Cfr. MATTARELLA, *Diritto amministrativo*, cit., 704.

³³ Cfr. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 314; PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scien. giur.*, 1950, 66; PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti per Rossi*, Milano, 1952, 525.

presenza di tale tecnica nel sistema costituzionale in rapporto al potere discrezionale appare riconducibile a due ordini di ragioni: in primo luogo, l'ordine pubblico inteso non come limite all'esercizio dei diritti bensì come *ordine legale* regolativo di conflitti; in secondo luogo, l'idea che la disciplina del conflitto fra esercizio del diritto ed interesse pubblico presupponga il difetto di gerarchie vincolanti tra interessi e valori. Altrimenti, una comparazione fra modalità di esercizio dei diritti di libertà sarebbe evidentemente impossibile, in quanto preclusa dall'imposizione aprioristica di prevalenza del dato valore od interesse³⁴. Conseguentemente, rispetto al problema qui considerato, anche nel bilanciamento tra interesse pubblico alla prevenzione al terrorismo e diritti di libertà dello straniero, la comparazione fra valori confliggenti deve attuarsi in dimensioni concrete e mai astratte. Tale confronto si sviluppa con giudizi su *adequatezza* e *proporzione* della misura restrittiva con il valore od interesse pubblico tutelato. Il mancato rispetto di tali limiti esprime lesione dei criteri di regolazione dell'esercizio dei diritti in tensione con l'interesse pubblico e legittima l'astensione dall'invasione nella sfera di libertà.

Da altro profilo, posto che il terrorismo è percepibile senza difficoltà nella realtà attuale, diritti del singolo e carattere di inviolabilità non sono misurabili in una sfera immutabile: essi sono inseriti nel bilanciamento considerando la concreta realtà nella quale opera l'ordinamento. L'inviolabilità del diritto di libertà nel caso del provvedimento di espulsione comporta la negazione di univocità di valori dominanti e l'impossibilità di risolvere il contrasto diritto/interesse senza considerare il contesto storico-ambientale di origine del conflitto³⁵. La protezione costituzionale offerta ad una posizione giuridica non è, infatti, assoluta né autosufficiente né tanto meno immune dal confronto con i molteplici interessi, che legittimano il limite all'inviolabilità; tuttavia, nessuna posizione giuridica può rimettersi in modo integrale alle oscillazioni socio-ambientali di realizzazione del bilanciamento. Nel conflitto libertà/interessi limitativi sono accettabili le restrizioni ai diritti nei limiti di una tendenziale prevalenza degli stessi e di antinomie comunque risolvibili³⁶.

Il punto centrale è, dunque, la fissazione di criteri selettivi di bilanciamento rispetto alla discrezionalità. Da questo punto di vista, la discrezionalità nelle misure di prevenzione di epoca fascista interveniva sulle libertà in attuazione di volontà statuali inidonee a dare spazio alla sfera giuridica personale. La discrezionalità attuale è invece concetto diverso, da opporre al *mero arbitrio*: proprio in quanto l'attività amministrativa richiede scelte per la cura di interessi pubblici al fine di evitare l'arbitrio, essa è concepita come componente di dovere, nel senso di situazione intermedia tra libertà e vincolo del fine che la funzione amministrativa persegue. La facoltà di scelta e decisione amministrativa ha, pertanto, limite "interno" nel vincolo di fine secondo la natura funzionale dell'attività³⁷. La discrezionalità nel sistema costituzionale non va, infatti, intesa come potere senza limiti nell'azione amministrativa: a disciplinare i

³⁴ Cfr. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, X, 1995, 442.

³⁵ Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 718.

³⁶ AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 323.

³⁷ Cfr. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 75 ss.; S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., 180.

poteri pubblici intervengono sia limiti di funzione sia limiti scaturenti dalla relazione dell'interesse pubblico con il contesto di altri interessi.

La funzione amministrativa contempla, in definitiva, scelte vincolate nel fine non isolabili dall'ambito di altri valori oltre quello primario; al contrario, poiché gli interessi pubblici non vivono come *monadi* dell'*iperuranio*, ogni loro forma di esercizio incide in termini di realizzazione o sacrificio con altri interessi, pubblici e privati. In ragione di ciò, la discrezionalità va considerata *ponderazione* di interessi su cui si staglia la scelta dell'amministrazione per la tutela dell'interesse primario, cioè quello per cui sono conferiti i poteri pubblici³⁸. Gli atti discrezionali sono per definizione quelli che comportano necessaria valutazione di interessi e tale attività individua sia l'interesse primario sia gli altri da considerare nella selezione dei criteri di bilanciamento.

Da questo punto di vista, l'espulsione appare emblematica: la funzione amministrativa non sarebbe esercitabile se non si configurassero possibilità di scelta discrezionale. Viceversa, sarebbe inattuabile una norma che imponga all'autorità di procedere all'espulsione, quale espressione di attività vincolata, cioè interamente regolata negli spazi applicativi con esclusione di margini di scelta³⁹; peraltro, non a caso l'attività vincolata è ridotta ad ambiti ristretti, riferibili all'attività amministrativa di tipo per lo più autorizzatorio.

La soluzione che consente un margine di scelta discrezionale all'espulsione appare condivisibile: la discrezionalità amministrativa è espressione di garanzia dei diritti del singolo perché realizza un bilanciamento contro legittime invasioni dei poteri pubblici. Il potere discrezionale esprime una tutela in cui si delimitano i margini di intervento statale anche rispetto ai diritti del singolo, al fine di ammissibili commisurazioni fra interessi diversi. La ragionevolezza di un'espulsione su presunzioni di pericolosità può riconoscersi non nel caso di un potere meramente discrezionale od in senso stretto, bensì di effettive commisurazioni in relazione ai fini vincolanti l'azione amministrativa; così risultando duplice l'insieme di limiti della funzione amministrativa nell'espulsione⁴⁰. L'inviolabilità del diritto di libertà sarebbe da intendere come intangibilità solo in sistemi di mera discrezionalità: ciò che è davvero intangibile può essere rimosso o limitato in base ad atti di mera discrezionalità o discrezionalità in senso stretto; fuori, dunque, da vere commisurazioni con altri interessi. Ma la logica del nostro sistema sembra opposta, secondo la generale bilanciabilità diritti/interessi. Le limitazioni extrapenali ai diritti non possono inderogabilmente promanare da atti puramente discrezionali e sono ammissibili se provenienti dalla concreta verifica di prevalenza di interessi opposti. La bilanciabilità

³⁸ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss.; Cons. Stato, 7 maggio 1988, n. 579; Cons. Stato, 18 febbraio 1992, n. 132; Cons. Stato 4 marzo 1992, n. 241. Altre soluzioni inquadrano la discrezionalità come completamento di norma imprecisa (cfr. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico* 1957, 307 ss.) od applicazione di norme non giuridiche (cfr. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, 1102 ss.).

³⁹ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 491; TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, *Diritto amministrativo*, Torino, 1961, 102 ss.; MATTARELLA, *L'attività*, cit., 762.

⁴⁰ In tal senso AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 324.

di qualunque interesse o diritto esprime la cifra di una tutela in cui il potere discrezionale non va inteso in senso stretto od autoritativo, bensì come libertà di apprezzamento di interessi confliggenti nel singolo caso ed in relazione ai vincoli di funzione.

Tale commisurazione trova allora una sorta di selettore di equilibrio proprio nel richiamato principio di *adeguamento* che in ragione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) stabilisce i moduli di tolleranza della limitazione⁴¹ e consente di risolvere le perplessità che il modello dell'espulsione preventiva suscita in un sistema costituzionale come il nostro, improntato all'esaltazione delle garanzie individuali. Il principio di adeguamento impone in primo luogo la selezione di interessi in cui l'esigenza di tutela legittima la prevalenza sui diritti inviolabili; in secondo luogo, richiede di accertare la situazione specifica di prevalenza dell'interesse pubblico. In tal modo, la discrezionalità, graduata su tale principio, comporta non l'automatica prevalenza di un interesse pubblico: questa sarà il risultato di accertamenti concreti sulle ragioni della rilevanza, sempre nel margine di apprezzamento amministrativo.

Ciò deriva, in effetti, dal fatto che il principio di adeguamento contiene al suo interno la prospettiva personalistica, in particolare per il caso di interventi preventivi. Anziché concepire il conflitto diritto/interesse come *affievolimento* del primo al secondo o come subordinazione senza deroghe della libertà ad interessi superindividuali⁴², il modello di adeguamento appare il più idoneo ad offrire una convincente alternativa. Sul piano del contenuto, *adeguamento* altro non significa se non che la situazione nella titolarità del singolo di un diritto nell'incontro con la discrezionalità amministrativa, seppur mantenendo il proprio oggetto di tutela, concretamente *si adegua*, cioè muta graduazione in interesse legittimo. L'adeguamento si combina con il carattere discrezionale nelle limitazioni a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza proprio perché nell'espulsione il soggetto è titolare dell'unica posizione possibile per ricevere tutela, cioè l'interesse legittimo. È, infatti, questo l'interesse a cui l'ordinamento offre tutela nell'azione discrezionale dell'espulsione, perché attraverso esso il titolare potrà intervenire in concreto sull'incisione subita dal potere amministrativo e lamentare in giudizio un esercizio illegittimo.

Nell'attribuzione di tale tutela l'adeguamento esprime, quindi, la non sopportabilità di ogni sacrificio alla libertà personale a fronte di interessi collettivi⁴³. Da questo punto di vista, l'interesse legittimo non esprime *degradazione* nel livello di tutela, bensì l'unica modalità possibile a fronte di un atto discrezionale. Tale strumento fa emergere una tecnica di protezione di interessi che, sebbene non assicuri necessario soddisfacimento all'interesse sottostante (lo straniero potrebbe andare ugualmente espulso), tuttavia consente di influenzare il comportamento dell'amministrazione da

⁴¹ AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 327-328.

⁴² AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti per Romano*, Padova, 1940, 197; CANNADA BATOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di O. Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 267 ss.

⁴³ Cfr. MATTARELLA, *Diritto amministrativo*, cit., 787. Da ciò l'obbligo di motivazione, per il principio di trasparenza.

cui il soddisfacimento dipende. Inoltre, esso è condizione necessaria per la tutela giudiziale, dal momento che solo il titolare di interesse protetto dall'ordinamento potrà farlo valere davanti al giudice.

Nella combinazione con il principio di adeguamento la discrezionalità amministrativa non diviene così la sede per celebrare il sacrificio del diritto di libertà del cittadino, bensì il momento di accertamento circa giustificabilità ed accettabilità della limitazione.

3. Per un recupero delle misure di polizia: limiti necessari e diritti fondamentali.

Due sembrano le direttrici di maggiore certezza in tema di provvedimenti di polizia. Da un lato, la natura di tali misure, nonostante tentativi di giurisdizionalizzazione, oggi va considerata *amministrativa*, in ragione del carattere discrezionale. Da un altro, la consolidata compatibilità con il quadro costituzionale generale⁴⁴.

Ciò posto, emerge il cuore del problema in special modo nell'espulsione preventiva. Se, infatti, sono convalidabili sia la legittimità del sistema preventivo extrapenale, sia l'impossibilità per la società attuale di privarsi di difese sociali articolate su misure così invasive⁴⁵, sia il diritto del sistema di polizia di rivendicare emancipazione dalla tutela penale, sono d'altra parte necessari limiti di funzionamento di tali modelli. In particolare, la questione è delicata se tra le letture possibili si prediliga la protezione dei diritti umani ed il bilanciamento tra sicurezza pubblica e libertà dell'extracomunitario⁴⁶. I sistemi occidentali nella lotta al terrorismo incontrano, infatti, le difficoltà di un *dilemma*⁴⁷: da un lato, la tutela di società e cittadini; dall'altro, il mantenimento di certi livelli di garanzia dei diritti fondamentali, inclusi quelli dei

⁴⁴ Cfr., con riferimento alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, Corte cost., sent. 113/75; Corte cost., sent. n. 23/64; Corte cost., sent. n. 68/64.

⁴⁵ Ad es., v. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1593 ss.

⁴⁶ Con riferimento ai diritti fondamentali in materia penale, v. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 583 ss.; TRECHSEL, *Diritti dell'uomo, sistema penale e carte internazionali: prospettive teoriche e giurisprudenziali*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, cit., 427 ss.; MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, ivi, 123 ss.; VASSALLI, *Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo*, ivi, 47 ss.; RIZ, *Unificazione europea e presidi penalistica*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale* (a cura della Fondazione Centro Internazionale su diritto e società Courmayer), Milano, 2000, 79 ss.; VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in Moccia, *ult. op. cit.*, 93 ss.; DELMAS MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (a cura di F. Palazzo), Milano, 1992, 225 ss.; ID., *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*, Padova, 1994, 170; BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.

⁴⁷ DE HERT, *Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11*, in *Utrecht Law Review* 2005, 86.

sospetti terroristi, in particolare ove aggressioni e tecniche di tutela si dirigano sui beni collettivi⁴⁸. Da questo profilo senza dubbio *l'emergenza costituisce una prova di resistenza per i diritti fondamentali*⁴⁹, proprio ove l'anticipazione faccia rotta su strumenti slegati da vincoli giudiziali: il richiamo ai diritti umani serve allora ad equilibrare le misure rispetto alle libertà secondo giudizi di ragionevolezza e parametri Cedu.

Anche nel contesto comunitario, peraltro, le recenti vicende giurisprudenziali confermano la necessità di armonizzare scopi di prevenzione nella lotta al terrorismo e diritti fondamentali emergenti dalla tradizione costituzionale comune degli Stati membri, dalla Cedu (artt. 6 e 13), nonché dal Trattato di Lisbona (art. 6, par. 1)⁵⁰. Anche le procedure amministrative di *listing* e congelamento di beni di soggetti sospettati di partecipazione in attività terroristiche non sono esonerate dal rispetto dei diritti di difesa nel controllo giurisdizionale (contraddittorio ed effettività di tutela giurisdizionale). Anche per l'emergenza terroristica la Corte di giustizia CE reclama, quindi, nel *corpus* di principi comunitari la presenza di un divieto di diversa configurazione dei diritti fondamentali, il cui grado di tutela non può essere limitato solo in ragione di interessi collettivi. Infatti, a livello applicativo è il bilanciamento sicurezza collettiva/diritti della persona a decidere l'equilibrio nella risposta alla minaccia; senza escludere, pertanto, l'ambito dei procedimenti amministrativi⁵¹.

La Corte di giustizia CE, ponendo l'epicentro di garanzia sull'intervento giurisdizionale, conferma il ruolo dei diritti fondamentali quale perno di legittimazione dell'ampiezza di discrezionalità amministrativa, con equiparazione tra soluzione preventiva patrimoniale e personale. L'asse di equilibrio di tale sistema di prevenzione viene così garantito dal difetto di lesione dei diritti individuali scaturenti dal portato comunitario: la precondizione di legittimità di ogni atto comunitario discende, infatti, dalla salvaguardia dei diritti fondamentali tra i principi costituzionali del Trattato CE⁵².

Peraltro, a mio giudizio, il bilanciamento nella prospettiva dei diritti fondamentali è, fra tutte, la soluzione più concreta, dal momento che il terrorismo

⁴⁸ Cfr. LAWSON – SCHERMERS, *A bird's-eye view of the European Convention*, in *Leading cases of the European Convention of Human Rights* (a cura di), Nijmegen, 1999, XXI-XXII.

⁴⁹ ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 462.

⁵⁰ Cfr. Corte di giust. CE, Grande Sezione, 3 settembre 2008, n. C-402/05 e C-415/05, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio dell'UE*. Per un commento BALSAMO – DE AMICIS, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, 401 ss.

⁵¹ La Corte ha annullato le sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005 (T-306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*; T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*), nonché il regolamento n. 881/02, riscontrando tali violazioni ed accogliendo le conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro presentate il 23 gennaio 2008. La centralità della tutela dei diritti fondamentali anche nei procedimenti amministrativi non è, peraltro, una novità nella giurisprudenza della Corte. Per un esame BALSAMO – DE AMICIS, *Terrorismo internazionale*, cit., 410, nt. 18. Inoltre, la ponderazione è necessaria anche in ragione della natura non assoluta dei diritti richiamati, atteso che si fanno salve le limitazioni ai diritti di difesa giustificate dal diritto nazionale per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e relazioni internazionali. Cfr. BALSAMO – DE AMICIS, *Terrorismo internazionale*, cit., 419.

⁵² Corte di giust. CE, 3/09/08, cit. punto n. 285.

costituisce una delle più gravi violazioni dei diritti umani⁵³ per la *depersonalizzazione* delle vittime, colpite indiscriminatamente e senza nessi con attività o ideologie del terrorista⁵⁴. Ciò comporta un obbligo preciso per gli Stati, i quali sul piano del diritto internazionale sono non solo abilitati quanto tenuti ad adottare misure per prevenire gli atti di terrorismo e difendere tali diritti. Inoltre, tale obbligo si giustifica per la minaccia del terrorismo alla democrazia, come sede di tutela e promozione di diritti e beni di natura primaria. Il rapporto fra democrazia e diritti fondamentali è reciproco nel senso che una democrazia non funziona senza protezione dei diritti fondamentali e questi non esistono in società non democratiche⁵⁵. Sul piano di una lotta legittima al terrorismo ciò comporta che, dinanzi alla lesione dei diritti fondamentali, è proprio il rispetto di tali diritti il limite su cui valutare le misure di prevenzione: nella prospettiva di bilanciamento non tutte integrano limitazioni tollerabili ai diritti fondamentali, bensì solo quelle “appropriate”⁵⁶.

Il bilanciamento interesse pubblico/diritti di libertà non sempre però è a parità di condizioni: ciò, a mio parere, in ragione del fatto che nel nostro sistema la sicurezza non esiste come diritto fondamentale espressamente riconosciuto, bensì come interesse generale di tipo collettivo e, dunque, in definitiva, come limite alla libertà dinanzi ai pubblici poteri. Il rischio di concepire la sicurezza come interesse pubblico è però che, qualificata come limitazione delle libertà, l’aspettativa di tutela dei cittadini non sia sufficientemente considerata nei termini di bisogno di protezione. I pericoli di un bilanciamento inadeguato alle ragioni della sicurezza sono concreti e superabili se – come spiegherò più avanti⁵⁷ – si riconosce alla sicurezza il rango di *diritto fondamentale* della persona: l’inserimento nel catalogo dell’art. 2 Cost. permetterebbe di equilibrare interessi entrambi meritevoli di tutela. Al contrario, la sicurezza (nei suoi profili diversi di sanità pubblica, incolumità pubblica, buon costume) resta solo manifestazione dell’ordine pubblico come limite ai poteri pubblici; conseguentemente essa rischia di

⁵³ Cfr. VILLANI, *Per un’efficace lotta contro il terrorismo misure in linea con i diritti umani*, in *Guid. dir.* 2007, 8-11. In tal senso UN Doc A/CONF.157/23 (12 luglio 1993); UN Doc A/RES/54/124 (24 febbraio 2000); UN Doc A/RES/56/160 (13 febbraio 2002). Inoltre, il Patto internazionale sui diritti civili e politici impone agli Stati di proteggere tali diritti contro chiunque (art. 2(1)) e la Corte di Strasburgo richiama “the primary duty to secure the right of life” attraverso “effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person”, ed, in certe circostanze, anche “positive obligation to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual” (Corte eur., sent. *Osman c. Regno Unito*, in *European Human Rights Reports* 1998, 115 ss.).

⁵⁴ PEERS, *EU responses to terrorism*, in *International and Comparative Law Quarterly* 2003, 227 ss.; FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, in *Giur. it.*, 2008, 783.

⁵⁵ Cfr. VAN DER SCHYFF, *Limitation of rights. A study of the European Convention and the South Bill of rights*, Nijmegen, 2005, 200; SOTTIAUX, *Terrorism and the limitations of the rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford, 2008, 6; BARAK, *Human rights in terror: a judicial point of view*, in *Legal studies* 2008, 493 ss.

⁵⁶ Corte eur., sent. *Klass and others c. Germania*, Series A n. 28, 1978. Tale è la prospettiva in Corte eur., sent. *Saadi c. Italia*, in *European Human Rights Law Review* 2008, 422, in base a cui la prevenzione extrapenale al terrorismo non può oltrepassare il valico del diritto alla vita ed all’integrità psico-fisica. *Contra* nel dibattito americano gli autori a favore della tortura nel caso di *ticking bombs* (cfr. DERSHOWITZ, *Terrorismo* (ed. it.), Roma, 2002, 179; ETZIONI, *How Patriot Act is Patriot Act*, New York, 2004).

⁵⁷ V. *infra* ultimo paragrafo.

essere considerata con sfavore, perché non esprime posizioni coincidenti con un diritto, quanto bisogni collettivi da sottoporre pur sempre al vaglio di condizioni legittimanti la propria rilevanza. Nel bilanciamento, seppure legata ad aspettative co-essenziali della persona, essa mantiene posizione non equivalente ai diritti fondamentali⁵⁸.

Peraltro, la resistenza a strumenti alternativi alla tutela penale come l'espulsione nasce, a mio giudizio, in primo luogo proprio dalla valutazione della sicurezza come bene collettivo e, dunque, delle tecniche di tutela come campo di limitazione anziché di protezione delle libertà. L'opzione prospettica andrebbe ribaltata, considerando altre esperienze giuridiche nonché lo stesso piano internazionale: la sicurezza si qualifica diritto individuale nell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nell'art. 5 Cedu, in altre esperienze giuridiche nazionali⁵⁹, nonché per mano degli stessi giudici di Strasburgo⁶⁰.

Se, dunque, da un lato, vanno bilanciati i diritti di terroristi o sospetti terroristi⁶¹, dall'altro, si potrebbe modulare la sicurezza come *diritto fondamentale* dei cittadini alla *difesa* dalle forme di aggressione. La prospettiva dei diritti della persona (sospetto terrorista e potenziale vittima) esprime non solo bilanciamenti obbligatoriamente razionali tra diritti individuali e garanzie collettive ma anche, in senso più ampio, l'idea che la sicurezza sia parte dello spazio universale di cui all'art. 2 Cost. ed all'art. 6 della Carta di Nizza, quale intangibile libertà da ogni forma di crimine. Lo scopo di prevenzione di ciascuno Stato traduce, infatti, la finalità di difesa sociale del diritto penale e del diritto di polizia non solo in limitazioni ai diritti bensì in forme di tutela di beni attinenti alla dignità della persona⁶². Più in generale, la stessa prospettiva penale si origina nella funzione di tutela della sicurezza: il significato di qualsiasi scelta di criminalizzazione deriva dallo scopo di rendere sicuri i consociati dal pericolo di lesione⁶³ ed il diritto penale mira ad incrementare il senso di sicurezza con la riduzione dei rischi di aggressione⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.* 2006, 756. Per approfondimenti TORRETTA, *"Diritto alla sicurezza" e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite* (a cura di A. D'Aloia), Milano, 2003, 451 ss.; RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali* (a cura di M. Bovero), Roma-Bari, 2004, 55.

⁵⁹ Art. 1 legge francese del 15 novembre 2001 in tema di sicurezza quotidiana che prevede la sicurezza come *"diritto fondamentale"*; artt. 27 della Costituzione portoghese e 17 di quella spagnola, dove il diritto alla sicurezza è indicato insieme alla libertà personale. Cfr. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 309.

⁶⁰ Cfr. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza*, cit., 751; BARTOLE – CONFORTI – RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, sub. art. 5, 117; *Repertorio della Carta dei diritti dell'Unione europea* (a cura di M. Panebianco), Milano, 2001, 90.

⁶¹ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari-Roma, 2005, 198.

⁶² Cfr. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Diritti, nuove tecnologie*, cit., 482-483; MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 47 ss.

⁶³ TADROS, *Crimes and security*, in *The Modern Law Review*, 2008, 941.

⁶⁴ TADROS, *Crimes and security*, cit., 941.

Proprio la categoria dei diritti fondamentali nella prevenzione al terrorismo consente di cogliere una novità nel rapporto Stato/individuo: la finalità primaria delle misure preventive è la protezione del diritto alla libertà dal crimine. Gli strumenti di controllo extrapenale del c.d. decreto Pisanu si legittimano nei termini di una tutela di beni della persona umana; i limiti alla ponderazione tra beni vanno allora posti in prospettiva sia di tutela dagli abusi statuali sia di protezione dei diritti umani. A tale proposito, il richiamo alla *ragionevolezza* – come si vedrà di seguito⁶⁵ – allarga l'epicentro del problema. Nel diaframma diritti fondamentali/sicurezza collettiva questo non muove, in realtà, dal versante di legittimazione del potere statale a restringere libertà, bensì dal riconoscimento della persona come titolare di un florilegio di diritti, tra cui la sicurezza. Non è in gioco un bilanciamento solo fra autorità e libertà, quanto fra valori e beni costituzionali e diritti fondamentali; un bilanciamento *nobile* perché tra due categorie di diritti fondamentali: quelli di tutti i cittadini, relativi alla sicurezza, e quelli dello straniero, al rispetto essenziale della propria dignità e della propria libertà⁶⁶.

Al momento, nonostante l'incremento di forme di criminalità e la diffusione del terrorismo suicida, la sicurezza però non è espressamente nominata tra i diritti costituzionali e la strada si profila lunga⁶⁷. Tuttavia, vi sono aperture nella lettura del catalogo dell'art. 2 Cost. come ipotesi né chiusa né aperta, bensì insieme di diritti enucleabili dal generale contesto di tutele della Carta; ciò in ragione del fatto che spesso i nuovi diritti sono, in realtà, solo aspetti di diritti già presenti, come impliciti o strumentali⁶⁸. In tal modo, la sicurezza rafforzerebbe la propria autonomia concettuale rispetto all'ordine pubblico: svincolata dalla funzione di specificazione di tale bene, essa acquisirebbe indipendenza nell'assetto categoriale di diritto individuale. Il bilanciamento non si realizzerebbe in comparazioni complesse fra diritti ed interessi – condizionate dall'urgenza di restringere lo spazio di ingerenza di poteri pubblici, anziché di intervenire razionalmente sull'oggetto di conflitto – e avrebbe canali di commisurazione equilibrati, secondo molteplici esigenze della persona, ciascuna meritevole di tutela nel pieno parallelo di diritti di rango fondamentale.

In una certa prospettiva, la legittimazione al sistema delle misure di prevenzione, nel richiamo al diritto-dovere di tutela statale di determinati interessi tra quelli dell'art. 2 Cost., fa eco alle soluzioni che vedono nella Costituzione non solo limite alle scelte di criminalizzazione – e, dunque, garanzia per gli arbitrii pubblici – bensì base di tutela penale dalle ingerenze degli altri individui⁶⁹. Tale prospettiva è

⁶⁵ V. *infra* par. succ.

⁶⁶ FLICK, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 785.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 187/01, in *Giur. Cost.*, 2001, 1434, con nota di A. PACE (*L'accesso alla categoria "aperta" dei diritti inviolabili incontra solo puntuali dinieghi o anche limiti?*).

⁶⁸ Cfr. BALDASSARE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. dir.*, XI, 1989, 18 ss.; MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 8.

⁶⁹ CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.* 2006, 171 ss.; PULITANO, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale* (a cura di A. M. Stile), Napoli, 1985, 135 ss.; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico*

funzionale al ragionamento sulle relazioni tra prevenzione penale ed extrapenale quali forme ambedue di protezione, anziché limite, alle libertà. In tal senso, la necessità di tutela dei diritti fondamentali non ha solo rilievo teorico, nel conforto anche del favore della Corte di Strasburgo⁷⁰. Questa spesso ha chiarito che gli Stati parte non hanno solo il compito di non apportare ingerenze arbitrarie a diritti riconosciuti dalle Costituzioni⁷¹: in ragione del *principio di effettività* essi devono prevedere misure necessarie a garantire effettivo godimento per tali diritti agli individui, sia nei confronti dei terzi che dei titolari delle funzioni pubbliche⁷².

L'impostazione secondo bilanciamento confluisce, infine, anche in recenti soluzioni della Corte costituzionale in tema di legittimità delle misure preventive nella necessità di bilanciamenti fra interessi di segno opposto, uno dei quali in modo inevitabile coincidente con i diritti della persona umana⁷³. Legittimità ed accettabilità della misura di polizia sono garantite solo nel rispetto di limiti fondamentali, in un equilibrio perdurante tra esigenze collettive e diritti individuali.

3.1. Adeguatezza e proporzione delle misure di prevenzione nel giudizio di ragionevolezza.

Per valutare la legittimità delle misure extrapenali non è opportuna la prospettiva di prevenzione penale, e in specie di prevenzione dei reati, posti i rischi, in tal modo, di sovrapposizioni del diritto di polizia con l'area di tutela penale.

allo studio del tema), in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* (a cura di A. Pizzorusso – V. Varano), Milano, 1985, 610 ss.

⁷⁰ Cfr. Corte eur., sent. *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2006; Corte eur., sent. *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985.

⁷¹ Cfr. Corte eur., sent. *Mathieu – Mohin e Clerfayt c. Belgio*, 2 marzo 1987; Corte eur., sent. *X e Y c. Paesi Bassi*, cit.

⁷² Cfr. Corte eur., sent. *Young, James and Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981; Corte eur., sent. *Costello – Roberts c. Regno Unito*, 25 marzo 1993; in relazione al richiamo all'art. 1 della Cedu Corte eur., sent. *Siliadin c. Francia*, cit., cfr. VAN DIJK – VAN HOOFF, *Theory and practice of the ECHR*, The Hague, 1998, p. 75 ss.; MOWBRAY, *The development of positive obligations under the ECHR*, Oxford, 2004, 3 ss.; MERRILLS, *The development of International law by the European Court of Human Rights*, London, 1993; SUDRE, *Obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1995, 368 ss. In particolare, la Corte ritiene che, se gli atti siano dotati di idoneità lesiva verso i diritti fondamentali, sugli Stati incombe l'obbligo di legislazioni idonee a prevenire e reprimere atti criminosi (sul punto cfr. MOWBRAY, *The development of positive obligations*, cit., 228; CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione*, cit., 180 ss.).

⁷³ Cfr. Corte cost., sent. n. 309/03; cfr. VALENSISE, *La misura di prevenzione dell'obbligo di soggiorno in un determinato e il diritto di professare il proprio culto: un'armonia impossibile?*, in *Giur. cost.* 2003, 3960 ss. La Corte rileva, da un lato, "i compiti che allo Stato spetta svolgere nella prevenzione dei reati, anche attraverso misure limitative della libertà personale e della libertà di circolazione e soggiorno"; dall'altro, "la connessione, sotto l'aspetto dell'esercizio, con diversi altri diritti costituzionalmente protetti". Da ciò "la necessità che il legislatore eserciti la sua discrezionalità in modo equilibrato, per "minimizzare" i costi dell'attività di prevenzione, cioè per rendere le misure in questione, ferma la loro efficacia allo scopo per cui sono legittimamente previste, le meno incidenti possibili sugli altri diritti costituzionali coinvolti". In tal modo, "nella configurazione di tutte le misure limitative della libertà della persona, e dunque anche delle misure di prevenzione, l'esercizio dei diritti costituzionali non può essere sacrificato oltre la soglia minima resa necessaria dalle misure medesime, cioè dalle esigenze in vista delle quali essa sia legittimamente prevista e disposta".

Adeguatezza e legittimità delle misure non vanno correlate allo scopo di prevenzione dei reati o misurate alla capacità di perseguimento dello stesso, bensì all'obiettivo primario della polizia di sicurezza, cioè la tutela di interessi collettivi. Non si tratta di sfumature teoriche ma di delimitazioni aderenti ad una ricostruzione teorica convincente: la distinzione tra principio di *utilità* e principio di *giustizia*⁷⁴.

Il diritto di polizia persegue scopi solo specialpreventivi di incapacitazione od esclusione dal consorzio sociale di soggetti pericolosi, senza finalità rieducative o necessaria idoneità alla prevenzione dei reati. L'obiettivo di tutela è, dunque, solo indirettamente volto ad impedire reati, mentre in modo diretto ed immediato esso protegge e conserva interessi di rango collettivo. Nelle misure di prevenzione la prospettiva non va allora calibrata necessariamente sulla capacità di prevenzione dei reati, cioè sul ruolo preventivo del diritto penale come garanzia di interessi protetti e tutela della *sicurezza dei diritti*⁷⁵. Qui non discutiamo né di diritto penale, né tanto meno di sanzione; il discorso va posto su funzioni del diritto di polizia e ruolo legittimo dei suoi strumenti preventivi. Il parametro di valutazione su utilità e legittimità della prevenzione extrapenale non può essere il medesimo degli strumenti penali e le conclusioni su effettività o meno del diritto di polizia devono gioco forza differire rispetto a quelle aventi come epicentro la tutela penale. La critica all'inutilità di tali misure⁷⁶ può, dunque, rivalutarsi in una corretta angolazione: *utilità* ed *adeguatezza*

⁷⁴ Nella Scuola classica il principio di *giustizia* è base del *magistero penale* – verso fatti moralmente riprovevoli (*delitti naturali*) –; il principio di *utilità* invece del diritto di polizia (*magistero di polizia*), verso fatti moralmente indifferenti ma in grado di cagionare stati di pericolo per la collettività. “Il *magistero di polizia* non procede che da un principio di utilità: la sua legittimità è tutta in questo; non attende un fatto malvagio per agire; non sempre coordina i suoi atti alla rigorosa giustizia; e così avviene che ad esso consentendosi di agire per via di modica coercizione, egli realmente possa divenire modificato della umana libertà; lo che si tollera per la veduta di maggior bene. Ma il *magistero di polizia* non ha nulla di comune con il *magistero penale*, quantunque entrambi si esercitino dall'autorità preposta al reggimento dei popoli. Questo comincia il suo ufficio quando quello ha inutilmente esaurito il suo: ne è diverso l'oggetto; diverse le forme e i confini.” (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993, 44). Cfr. ID., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1882, 60-61; ID., *Diritto della difesa pubblica e privata*, in *Opuscoli di diritto penale*, I, Prato, 1878, 120; ID., *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, ivi, 347; ID., *Sul nuovo progetto (1867) del codice penale italiano*, ivi, II, 333-335; Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988, 16 ss.; ID., *Francesco Carrara: filosofia del diritto penale e cattolicesimo liberale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2/5 giugno 1988, Milano, 1991, 201; MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, ivi, 305-306. In termini simili Feuerbach in FEUERBACH – MITTERMAIER, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, 14 Aufl., 1847, 46 ss.

⁷⁵ FIANDACA – MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 34 ss.; Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munchen, 1990, 274 ss.; MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 3-65; EUSEBI, *La nuova retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 914 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 433-435; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 255-258; BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 453-454.

⁷⁶ Cfr. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 235-330; FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 112-113; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, 664-665; CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 340 ss.; ID., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma in La legge antimafia tre anni dopo* (a cura di G. Fiandaca – S. Costantino), Milano, 1986, 126; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 891;

delle misure non sono obiettivamente rapportabili in modo diretto od esclusivo allo scopo di prevenzione dei reati e alla reale capacità del sistema di fungere da indice di diminuzione della criminalità. Da un altro lato, le modalità di compressione della libertà in tale forma di tutela sono solo lontane parenti degli strumenti penali.

Per valutare efficacia preventiva e legittimità delle misure di polizia sono necessari criteri che rendano possibile un autonomo giudizio di adeguatezza per la prevenzione extrapenale. Ciò nonostante, seppure diverso il parametro di riferimento (mantenimento in primo luogo dell'ordine pubblico), non si esclude l'utilizzabilità di criteri richiamabili per valutare l'adeguatezza di pene, misure cautelari e misure di sicurezza; improntati questi, anche secondo la Corte di Strasburgo, a *ratio* di *effettività/idoneità*, *necessità* e soprattutto *proporzione* sul piano del bilanciamento⁷⁷. Tale triade di criteri applica, in definitiva, concetti di *proporzione* ed *adeguatezza* nell'intervento sulle libertà che sono adoperabili in senso ampio per l'intero ordinamento, in quanto conformati al carattere che tutte le tecniche di tutela, pur nelle rispettive diversità, devono possedere per essere costituzionalmente accettabili, cioè la *ragionevolezza* (art. 3 Cost.)⁷⁸. Questa, da un lato, è parametro interpretativo della norma di legge per l'inclusione di trattamenti differenziati secondo criteri di tipo razionale; dall'altro, sul piano di risoluzione dei conflitti tra beni, integra un contenitore di principi inglobante il cardine di *proporzionalità*. Ciò nella ricerca della giusta misura dell'intervento – in forza dei principi di eguaglianza e giustizia – e secondo necessaria *logicità*, con la scelta di autolimitazioni del potere in funzione di coerenza superiore⁷⁹.

Sono sempre, dunque, i confini del bilanciamento a decretare l'ampiezza della restrizione – ovunque provenga – alla libertà di un soggetto; non vedo, d'altronde, numerose e valide alternative. Non convincono, ad esempio, le soluzioni economico-matematiche al fine di stabilire nella prevenzione al terrorismo linee di gestione del rischio-attentati sul rapporto costi/benefici⁸⁰. In principio è interessante l'idea di applicare alla tutela della sicurezza le leggi economiche per realizzare obiettivi di

BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione* in *Le misure di prevenzione*, 76; INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.* 1982, 696; SABATINI, *Attività di prevenzione e attività di repressione della polizia* in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, II, Milano, 1971, 1440.

⁷⁷ Cfr. EISEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intern. dir. uom.* 1989, 30-43.

⁷⁸ Corte cost., sent. 31 marzo 1994, n. 109, in *Foro it.* 1994, 1654-1657, con nota di G. DI CHIARA; di recente Corte cost., sent. 6 febbraio 2007, n. 26; inoltre Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2008. Il principio di ragionevolezza costituisce criterio interpretativo assai diffuso in giurisprudenza e, tuttavia, ancora non integralmente chiarito nel fondamento e nei contenuti. Tra le soluzioni la più convincente è il richiamo all'art. 3 Cost., per cui la ragionevolezza sarebbe parametro razionale di giustificazione di trattamenti differenziati, in mancanza del quale si imporrebbe eguale trattamento (Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 25695). Cfr. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, 1994, 15 ss.; LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 1997, 347 ss.; TRACUZZI, *Il "ragionevole" come criterio di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 242-244.

⁷⁹ FLICK, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 785.

⁸⁰ Cfr. OGUS, *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford, 1994, 142, secondo cui tra le variabili si dovrebbe considerare produzione di un danno in forza di un'attività pericolosa, dimensioni dei danni, costi delle misure adottabili.

prevenzione; tuttavia, essa ha numerosi inconvenienti. La relazione costi/benefici risulta in concreto di difficile applicazione in questo settore, dal momento che l'effettiva possibilità di prevedere un attentato dipende da variabili numerose e relative (informazioni di polizia, sospetti etc.); ciò, di fatto, impedisce previsioni sicure secondo calcoli economico-matematici. Inoltre, tale modello considera solo la serietà delle conseguenze dannose di un attentato, non anche la reale probabilità di realizzazione. Di conseguenza, il modello deve essere quello del bilanciamento ragionevole: la legittimità della misura va ancorata a necessità dello strumento restrittivo e proporzione del sacrificio del diritto altrui, allo scopo di limitazioni correlate razionalmente alle finalità di tutela⁸¹. L'obiettivo è allora stabilire entro quali limiti l'intervento preventivo a tutela della sicurezza produca interferenze accettabili con i diritti di libertà.

Il requisito di *proporzionalità* offre soluzioni ad un duplice bisogno: da un lato, cerca di tutelare le ragioni della sicurezza; dall'altro, impone intrusioni ai diritti limitate solo a restrizioni necessarie per l'interesse pubblico⁸². Nelle misure di polizia il bisogno di ragionevolezza nel bilanciamento è poi ancor più evidente nel confronto fra diritti delle potenziali vittime e diritti dei soggetti formalmente non *accusati* di atti di terrorismo, quanto solo *sospettati* di partecipazione nella futura perpetrazione di attentati⁸³. La prospettiva di ragionevolezza dell'intervento impone, quindi, all'autorità di polizia di non agire in modo sproporzionato, in adesione a requisiti di congruità ed adeguatezza, traducibili nelle specificazioni di *coerenza* e *non contraddittorietà*.

Tale impostazione si conferma nel quadro dei vincoli Cedu: in tale sede il bilanciamento in tema di sicurezza si snoda in primo luogo sul rispetto dei diritti fondamentali, sia in relazione all'aderenza delle restrizioni alla "*necessity in a democratic society*", sia al presupposto di proporzione⁸⁴. Su questo aspetto è decisiva la scelta di adattare il requisito alle esigenze del caso concreto, in ragione della natura delle misure del singolo Paese⁸⁵. Il concetto di ragionevolezza va, infatti, percepito non in senso generale ed astratto, bensì in modo pragmatico e contingente; adattabile e rivedibile di volta in volta secondo lo specifico oggetto di tutela nella singola situazione⁸⁶.

La rilevanza costituzionale del principio di proporzione giustificante le limitazioni alla libertà personale anche con misure *praeter delictum* si può, dunque,

⁸¹ Cfr. FELDMAN, *Human rights, terrorism and risk: the roles of politicians and judges*, in *Public Law* 2006, 371.

⁸² FELDMAN, *Human rights*, cit., 379.

⁸³ Cfr. FELDMAN, *Human rights*, cit., 372.

⁸⁴ CAMERON, *National security and the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-Boston, 2000, 35; DE HART, *Balancing security and liberty*, cit., 80. Tuttavia, i giudici di Strasburgo in tema di diritto alla *privacy* hanno ridimensionato la portata del requisito di necessità, da non intendersi come *indispensabile*, né *admissible*, *ordinary*, *useful*, *reasonable* oppure *desiderable*, bensì al più come un *pressing social need*. Cfr. Corte eur., sent. *Handsyde c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976.

⁸⁵ Cfr. DELMAS MARTY, *The European Convention for the protection of human rights*, Dordrecht, 1992, 71; VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2002, 790.

⁸⁶ Cfr. AMAR, *The Constitution and Criminal procedure. First principle*, New Haven-London, 1997, 39.

ricondere al canone di ragionevolezza⁸⁷: in un sistema costituzionale con al vertice i diritti inviolabili gli strumenti preventivi sono legittimi solo se assorbono il rispetto di tali limiti. Esaminiamoli allora singolarmente.

3.2. *Idoneità e necessità dell'espulsione: la relazione inversa pena / misura di polizia nella funzione preventiva.*

La capacità della misura di polizia può essere misurata nel segno dell'*idoneità* ad esprimere efficace difesa dei cittadini⁸⁸. Il giudizio sull'adeguatezza del mezzo va duplicemente combinato tra idoneità ad affrontare il pericolo e necessità di preferire questo ad altri meno invasivi; secondo, dunque, il principio di *extrema ratio*, noto al sistema cautelare⁸⁹. L'accettabilità dell'espulsione va misurata in base a tali presupposti e rispetto alle obiettive dimensioni della minaccia terroristica. Nonostante gli effetti lesivi ai diritti individuali, le restrizioni alla libertà personale o di circolazione devono risultare *funzionali* allo scopo, per cui le ultronee limitazioni sarebbero non necessarie e inammissibili sul piano costituzionale⁹⁰. Per evitare l'inutilità della misura, non rimane che costruire il giudizio di proporzione, prima che in relazione al bilanciamento dei beni, su effettività e necessità dell'espulsione rispetto al preciso interesse protetto. Non si può procedere ad un'analisi sul bilanciamento se non è fondata la proporzione tra effettività/idoneità e necessità; ove, infatti, cada anche solo uno di tali requisiti, il bilanciamento è inammissibile e la misura illegittima⁹¹.

Un criterio applicabile alle misure di prevenzione può essere la ricerca di un rapporto tra fonte del pericolo ed intervento preventivo: quanto più la misura incida maggiormente a livello pratico impedendo la realizzazione di situazioni di pericolo,

⁸⁷ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 18-19; LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989. Cfr. pure Corte cost., sent. 25 luglio 1994, n. 391; Corte cost., sent. 18 luglio 1989, n. 409.

⁸⁸ PIOVANI, *Principio di effettività*, in *Enc. dir.*, XIV, 420; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 444.

⁸⁹ LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e soc.* 1993, 309.

⁹⁰ Cfr. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 607, nt. 72; LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit*, cit., 309. Il principio di proporzione, peraltro, si richiama nell'applicazione della pena alla rilevanza del bene tutelato. Cfr. DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 607 ss.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 443-452; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 763; BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali Università di Ferrara*, 1992, 68 ss.; M. ROMANO, *Pre art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, 22-23; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 370-371; FIANDACA – MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 29; MARINUCCI – DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 369-370.

⁹¹ LUTHER, *Ragionevolezza*, cit., 308-309. La ricostruzione secondo rapporti di necessaria proporzione connota anche le modalità di intervento del settore penale. Cfr. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.* 1994, 254; ID., *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 379.

maggiore sarà l'aderenza a requisiti di idoneità e necessità e, dunque, la garanzia di proporzione⁹². Viceversa, il difetto di proporzione tra compressione e necessità rende la misura inidonea allo scopo, inutile e, pertanto, inammissibile.

Viene, dunque, da chiedersi se l'espulsione dello straniero sia necessaria allo scopo preventivo del contrasto al terrorismo; la risposta non è semplice se non si guarda alle dimensioni spazio-temporali della minaccia. In realtà, la misura non è inquadrabile sotto altra angolatura se non quella di ritenere lo strumento necessario allo scopo, considerando l'emergenza alla base della deroga alla riserva di giurisdizione. Nel 2005 l'introduzione della misura rispondeva a logiche di *extrema ratio*, derivanti da obiettive situazioni di pericolo per l'Italia – almeno nel periodo subito successivo agli attentati di Londra e considerando il precedente attentato di Madrid – che avrebbero potuto rendere inidonee altre meno invasive; in tal senso, la Corte costituzionale, in generale, richiama quale condizione di legittimità del bilanciamento proprio l'*efficacia allo scopo per cui sono legittimamente previste le misure*⁹³.

Da altro punto di vista, è anche vero che sorgono comunque difficoltà a formulare previsioni anche in parte attendibili sul futuro comportamento dell'espulso: è dubbia, infatti, la concreta possibilità di accertare l'idoneità della misura, in particolare nel lungo periodo, a neutralizzare il soggetto pericoloso⁹⁴. L'espulsione non è a tempo indeterminato: proprio in quanto incidente sulle libertà fondamentali in base a presunzioni di pericolosità, anziché all'accertamento di fatti illeciti, essa presuppone limitazioni solo temporanee. Conseguentemente, l'effetto incapacitante è immediatamente raggiunto nel breve periodo, con la neutralizzazione del soggetto escluso fisicamente dal territorio in cui si esplica l'intervento; in tal modo, si persegue lo scopo di tutela più immediato senza rinvio al futuro comportamento criminale. Il problema però è nel lungo periodo: non vi è certezza circa il successivo comportamento dell'espulso che, esaurita la durata della misura, potrà rientrare nel territorio nazionale ed integrare i medesimi comportamenti di prima, ancora penalmente irrilevanti.

L'espulsione preventiva può considerarsi allora idonea a realizzare l'effetto di incapacitazione, al di là della fase contingente in cui essa si applica ed al di là del periodo di emergenza di deroga per talune garanzie? Probabilmente, al quesito non si può rispondere con sufficiente certezza; un aiuto può comunque provenire da una riflessione sulla *ratio* delle misure di polizia. Il bilanciamento nel giudizio di proporzione fra diritti individuali ed interessi collettivi deve certamente tenere conto di concretezza e prossimità del pericolo che la misura preventiva si propone di evitare. Si tratta di individuare il tipo di condotta pericolosa da neutralizzare e, in base a ciò,

⁹² DENNINGER, *Der Präventions-Staat, Der gebändigte Leviathan* (a cura di E. Denninger), Baden-Baden, 1990, 14.

⁹³ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 18 luglio 1989, n. 409.

⁹⁴ Sul legame tra intervento specialpreventivo e previsioni attendibili sul futuro comportamento del soggetto, cfr. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: un'interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 453-454.

valutare idoneità e necessità rispetto al fine preventivo⁹⁵. Ma a tale scopo è necessario stabilire, in effetti, quale sia in generale il fine preventivo delle misure di polizia. L'errore principale consiste, come anticipato, nel valutarne l'ammissibilità secondo prospettive necessariamente adattabili alle caratteristiche della tutela penale. La finalità delle misure di polizia non coincide necessariamente con quella di pene e misure di sicurezza; seppure sul piano sistematico-generale sussistano profili comuni circa lo scopo di difesa sociale, in realtà, resta l'ineludibile natura *extrapenale* delle misure di polizia. Conseguentemente, la finalità preventiva si lega gioco forza ad un *immediato* effetto di neutralizzazione; lo scopo specialpreventivo non definisce mai proiezioni sui comportamenti futuri del soggetto, dal momento che l'intervento di polizia non ha interesse a stabilire se il sospetto terrorista in futuro commetterà davvero un reato. Lo scopo principale è neutralizzare materialmente il soggetto nel periodo di emersione del sintomo di pericolosità sociale, al fine di minimizzare i rischi di esposizione al pericolo dei beni tutelati⁹⁶.

L'idoneità legittimante l'intervento non è, dunque, parametrata sulla capacità ad orientare il comportamento del sospettato rispetto all'effettiva commissione dell'illecito, bensì solo sull'immediata efficacia neutralizzante. Ciò per il fatto che nella selezione dei confini fra tutela penale e diritto di polizia interviene una relazione *inversa* negli obiettivi: lo scopo di tutela del mantenimento dell'ordine pubblico è più sfumato rispetto alla prevenzione dei reati; al contempo, ciò non esclude una coincidenza nell'oggetto di tutela. La soluzione penale tende in maniera *diretta* alla prevenzione dei reati e, dunque, il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza è realizzabile quale effetto *indiretto*; si instaura dunque una sorta di relazione di assorbimento tra le rispettive finalità dirette di tutela, nella misura in cui la forza preventivo/deterrente dello strumento penale contribuisca a diminuire il livello di probabile commissione degli illeciti e, quindi, anche a consolidare lo *status* complessivo di sicurezza nei consociati. Lo scopo di prevenzione penale in taluni casi resta distinto dalla tutela dell'ordine pubblico affidata alle misure di polizia; talvolta però, il primo contiene ed assorbe implicitamente il secondo, dal momento che la portata generalpreventiva della norma penale di disincentivazione dalla realizzazione di un illecito può elevare il livello di sicurezza collettiva. In tal modo, il controllo sociale nella prevenzione penale può orientare le condotte dei consociati al rispetto di beni collettivi e, contribuendo al mantenimento dell'ordine pubblico, produrre l'effetto di confluenza con gli scopi di tutela amministrativa. In termini simili, vale la relazione inversa: l'attività della polizia di sicurezza produce un controllo sociale che influenza implicitamente anche la futura commissione di un illecito, posto che la previsione dell'espulsione preventiva può avere riflessi generalpreventivi nella disincentivazione dalla realizzazione di un illecito; assorbendo così nel proprio intervento anche la seconda funzione preventiva.

⁹⁵ Cfr. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 313.

⁹⁶ In senso analogo BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 963; FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, 784; CASALINUOVO, *Punto decennale sul processo di prevenzione in Studi in onore di Biagio Petrocelli*, cit., 407.

Inoltre, in senso più ampio, accogliendo una nozione *soggettivo-psicologica* anziché obiettiva del bene della sicurezza, si potrebbe ritenere che la confluenza di tutela derivi anche dalla capacità in entrambi i due strumenti (penale ed extrapenale) di incrementare nei consociati la percezione di assenza di pericoli⁹⁷. Il termine *sicurezza* rinvia, in effetti, ad una situazione di difficile misurazione empirica, che nasconde ambiguità di contenuto sul piano descrittivo rispetto ad una dimensione emotivo-individuale in cui *l'essere* sicuri ed il *sentirsi* sicuri sembrano coincidere⁹⁸.

Tuttavia, sebbene nelle applicazioni pratiche lo scopo di tutela può arrivare a confluire, ambiti e presupposti delle due forme di intervento devono restare distinti, in ragione del carattere discrezionale che anima l'attività amministrativa rispetto all'azione penale, che si riflette sul piano delle singole garanzie ed in generale del principio di separazione dei poteri che riserva al giudice la limitazione della libertà individuale. A tale riguardo, nel d.l. 144/05 si anticipa la tutela penale rispetto a una serie di comportamenti prodromici di un attentato⁹⁹ e con l'espulsione si persegue invece in modo *diretto* l'obiettivo dell'ordine pubblico ed in modo *indiretto* la prevenzione dei singoli reati.

Nonostante la possibile confluenza nelle ricadute pratiche, pertanto, lo scopo di incapacitazione resta divergente nella misura di polizia rispetto alla tutela penale: esso per propria natura è portato al disinteresse circa l'idoneità ad impedire in futuro un illecito, restando rivolto ad evitare che la condotta pericolosa nell'immediato integri pericoli per i beni essenziali della comunità. Ciò conferma la svolta in tema di contrasto al terrorismo: il ricorso in tale settore alle misure di prevenzione personali evidenzia la cesura con il passato ed un mutamento nei rapporti fra diritto penale ed amministrativo. Le forme di manifestazione del terrorismo non sembrano disciplinabili solo con soluzioni penali: da ciò, la necessità di integrare anche l'intervento preventivo in senso extrapenale. Il mantenimento della soglia di intervento penale ai gravi indizi di colpevolezza ed al delitto tentato può mostrare vuoti di tutela rispetto a classi comportamentali che sfuggono all'attrazione nell'area di rilevanza penale e che, tuttavia, rilevano in modo non trascurabile nella preparazione di attentati. La soluzione dell'espulsione di polizia sembra allora corretta sul piano dell'idoneità in prospettiva

⁹⁷ Cfr. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Lezioni – Parte speciale*, (II ed.), Padova, 1992, 285 ss.; FARES, *Ordine pubblico, sicurezza, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, I, (a cura di G. Corso – V. Lopilato), Milano, 2006, 596; TERRACCIANO, *Polizia di prossimità. Teorie ed applicazioni sul territorio*, in *Riv. pol.* 2004, 265 ss.; MANCINI PROIETTI, *Lineamenti generali della disciplina normativa di prevenzione e contrasto al fenomeno della violenza negli stadi*, in *Dir. pol.* 2005, 3 ss. Il richiamo alla percezione di sicurezza dei consociati emerge nella vicenda dell'*Imam* di Carmagnola (Cfr. Tar Lazio, sent. 10 dicembre 2004, n. 15336, in *Giur. cost.* 2004, 4739 ss. con nota di VETRANO, *Tutela della libertà di espressione, multiculturalismo e laicità dello Stato*).

⁹⁸ Cfr. LOADER – WALKER, *Civilizing security*, Cambridge, 2007.

⁹⁹ Associazione a delinquere, reclutamento ed addestramento di combattenti con finalità di impiego per attività terroristiche, possesso o fabbricazione di documenti falsi, istigazione ad atti aventi finalità terroristiche, apologia di azioni o persino ideologie di tale natura. Cfr. ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela*, cit., 461.

amministrativistica, rispetto alla reale capacità a raggiungere con immediatezza l'obiettivo di tutela del bene collettivo.

4. Il bilanciamento tra beni collettivi e diritti dell'individuo.

Il discorso sui limiti della prevenzione extrapenale deve adesso spostarsi sul profilo della proporzione in senso stretto, cioè il bilanciamento tra beni dell'individuo e comunità dei consociati, attraverso elementi da considerare nella contrapposizione, quali modalità di lesione, concretezza, grado dell'offesa¹⁰⁰. Anche ove si ammettano idoneità e necessità dell'espulsione, ciò non è ancora sufficiente per la completa legittimazione della misura. Il momento decisivo – soprattutto nelle misure specialpreventive senza spinte rieducativo-risocializzanti – si gioca nel bilanciamento fra libertà dello straniero e meritevolezza di altri interessi; ciò anche per evitare i rischi di *ipereffettività* delle misure di prevenzione¹⁰¹.

Il principio di proporzionalità implica in generale la necessità di una ponderazione ragionevole fra bene comune da tutelare e diritto da limitare, così da far risultare la misura adeguata allo scopo. Nei casi in cui la limitazione diventi più intensa, per mantenere un certo *standard* di adeguatezza è necessario che nel bilanciamento siano più rigorose anche le condizioni di ammissibilità di tali limiti¹⁰². In generale, la possibilità di ponderare beni tra loro diversi discende dal fatto che il *balancing approach*, al contrario della *categorisation*, consente margini di flessibilità nella valutazione di interessi contrapposti, accordando tutela differenziata secondo le situazioni concrete. L'approccio opposto, caratterizzato dalla prospettiva non flessibile della necessaria prevalenza di beni in base a regole predefinite, non si adatta allo scopo di tutela di un interesse rispetto ad un altro in ipotesi specifiche, come il terrorismo suicida. Solo il bilanciamento consente l'adeguamento di opposte esigenze e l'integrale convivenza fra diritti in conflitto latente¹⁰³: la *ratio* è, infatti, porre limitazioni a beni a fronte di benefici per altri beni in potenziale pericolo.

Inoltre, non vi sono troppi ostacoli al bilanciamento: nel nostro sistema una teoria del bilanciamento tra libertà e sicurezza non contraddice l'idea che una parte di *civil liberties* non possa essere erosa da ragioni di sicurezza¹⁰⁴; ciò in ragione dei limiti

¹⁰⁰ Mi limito ad indicare LUTHER, *Ragionevolezza*, cit., 309; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto del bene giuridico*, Milano, 1983, 176 ss.

¹⁰¹ Cfr. in particolare PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 475-477; FIANDACA – MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 61; v. anche PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale* (a cura di A. Stile), Napoli, 1981, 191; SAVONA, *Un settore trascurato. L'analisi economica della criminalità, del diritto penale del sistema di giustizia penale*, in *Soc. del dir.* 1990, 264 nt. 28.

¹⁰² HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, 94.

¹⁰³ Su tali profili SULLIVAN, *Foreword: the justice of rules and standards*, in *Harvard Law Review* 1992, 57 ss.

¹⁰⁴ Cfr. ASHWORTH, *Human rights, serious crime and criminal procedure*, London, 2002. A favore del bilanciamento tra libertà e sicurezza nel terrorismo POSNER – VERMEULE, *Terror in the balance: security, liberty and the Courts*, Oxford, 2007.

che il diritto Cedu pone espressamente sul nucleo dei diritti indisponibili. Peraltro, il principale carattere del *balancing approach*, cioè la flessibilità derivante dal parametro di ragionevolezza, comporta l'ulteriore vantaggio di consentire a date condizioni le deroghe in ragione dell'emergenza¹⁰⁵, come per la riserva di giurisdizione nell'espulsione.

In senso specifico, il bilanciamento libertà/sicurezza è osservabile o in termini di compatibilità¹⁰⁶ oppure di nude inconciliabilità, in cui le ragioni della sicurezza restano irresistibili in un normalizzato stato di emergenza¹⁰⁷. In un certo senso, entrambe le posizioni sono accettabili; tuttavia, il bilanciamento deve essere tale che se da un lato i diritti costituzionali non possono giustificare una radicale esposizione a pericolo della sicurezza, questa, d'altra parte, non può legittimare invasioni senza limiti agli stessi¹⁰⁸. In particolare, nella prevenzione extrapenale la sopportabilità di costi più elevati è scelta quasi obbligata: ciò non ha troppi ostacoli nella realtà costituzionale, dal momento che nessun diritto può sottrarsi alla deroga e non vi è nessuna gerarchia assoluta fra interessi e valori¹⁰⁹. Tuttavia, come è noto, anche secondo i giudici di Strasburgo¹¹⁰, dal principio di bilanciabilità di ogni interesse resta sempre esonerato un nucleo minimo di diritti, che rimane coperto da un divieto inderogabile di negoziazioni anche nei contesti emergenziali, e ciò in virtù di un connotato minimo di inviolabilità dei diritti presente in ogni Stato di matrice liberale¹¹¹.

Nell'esperienza italiana il legislatore è abilitato a disciplinare l'esercizio di ogni genere di diritto, compresi libertà personale od autodifesa¹¹²; tuttavia, per non incorrere in sbarramenti di illegittimità si richiede che il coordinamento di interessi *risulti equilibrato non sacrificandosi dunque in misura grave nessuno di essi*¹¹³. Secondo la giurisprudenza costituzionale, il costo del bilanciamento è, infatti, di comprimere in modo eccessivo i diritti di libertà, se i vincoli posti *ex lege* sono *oggettivamente tali da costituire un grave ostacolo all'esercizio della libertà stessa*¹¹⁴, oppure quando essi *praticamente annullano il diritto primario inerente alla libertà stessa, perché tali da renderne*

¹⁰⁵ Cfr. SOTTIAUX, *Terrorism and the limitations of rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford – Portland, 2008, 25.

¹⁰⁶ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Diritti dell'uomo e lotta al terrorismo (linee guida adottate l'11.7.2002 dal Comitato dei Ministri)*, Roma, 2003, 8 ss.

¹⁰⁷ DI GIOVINE, *La protezione della democrazia*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia* (a cura di Id.), Torino, 2005, 5; CERL, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma-Bari, 2003, 45 ss.

¹⁰⁸ BARAK, *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, 3390 ss.

¹⁰⁹ Cfr. GEARTY, *Rethinking civil liberties in a counter-terrorism world*, in *European Human Rights Law Review* 2007, 113; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 33.

¹¹⁰ Corte eur., 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 88; Corte eur., 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 79; Corte eur., *Shamayev and Others c. Georgia e Russia*, n. 36378/02, par. 335.

¹¹¹ Cfr. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, 1110. In tali ipotesi (artt. 15 Cedu e 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) non a caso si parla di *bilanciamento chiuso*.

¹¹² Cfr. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 94 ss.; anche Corte cost., sent. n. 125/79; Corte Cost., sent. n. 543/89.

¹¹³ Corte cost. n. 20/78.

¹¹⁴ Corte cost. n. 36/80.

*impossibile o estremamente difficile l'esercizio*¹¹⁵ o anche qualora il diritto attribuito dalla Costituzione venga ad essere snaturato o risulti praticamente soppresso ovvero gravemente affievolito o compromesso il relativo esercizio¹¹⁶. Nel bilanciamento, inoltre, non tutte le aggressioni rilevano, ma solo quelle più gravi, perché dirette a beni ed interessi di prospettiva costituzionale tale da giustificare restrizioni a diritti elevati al rango di valori inviolabili¹¹⁷. In tal senso, anche la Corte costituzionale conferma una definizione tanto dei limiti alle misure preventive in senso stretto, quanto delle limitazioni alla libertà personale in senso più ampio secondo il principio di proporzionalità¹¹⁸: le restrizioni ammissibili sono, dunque, in entrambi i casi solo quelle *ragionevoli*.

Il conflitto è, dunque, risolvibile nel rispetto dell'idoneità allo scopo, della necessità rispetto ad altri mezzi meno invasivi, dell'esito positivo rispetto all'esigenza di tutela del bene nel bilanciamento. Il giudice delle leggi legittima così l'intervento preventivo come irrinunciabile difesa dalle aggressioni all'ordinamento ed alla pacifica convivenza ed al contempo incanala la limitazione dei diritti secondo ragionevolezza. Conseguentemente, ove l'equilibrio di adeguatezza e proporzione non sia rispettato anche in un solo requisito, l'intervento preventivo sarà irragionevole ed inammissibile, proprio in ragione dell'inviolabilità delle libertà fondamentali¹¹⁹.

Emerge un primo bilancio: sul profilo di idoneità e necessità valgono poche considerazioni oltre quelle già svolte. La nuova espulsione è stata partorita in un clima emergenziale che però, slegato da limiti di ragionevolezza, rischia di legittimare a priori la possibilità di deroghe alle garanzie fondamentali. Per ricondurre la legittimità delle misure preventive a razionalità e rigore costituzionale si impone il richiamo ai requisiti della proporzione. Né l'idoneità allo scopo né la necessità dell'espulsione sono discutibili, in ragione dell'allarme sociale all'indomani degli attentati di Londra. Al contrario, resta molto ampio il dibattito sul terzo requisito, cioè il bilanciamento fra interessi di segno opposto. In questo senso, vale il richiamo alla Cedu, seppure non in relazione agli artt. 2 e 3, cioè al rispetto del diritto a non subire lesione della vita, tortura o trattamenti disumani e degradanti od anche i divieti di espulsione collettiva e la necessità di espulsioni solo a tempo determinato: in tali casi non si ammettono mai margini di negoziazione. Gli spazi di bilanciamento sono invece aperti rispetto al diritto alla vita privata e familiare (art. 8), posto che si tratta di diritti derogabili e diversamente modulabili nei casi concreti. Il giudice in sede di impugnazione o convalida obbligatoria dovrà allora valutare, da un lato, i pericoli concreti ad ordine pubblico e sicurezza per la mera presenza dello straniero; dall'altro, le relazioni sociali, familiari, lavorative dello straniero su cui si produce ingerenza in via anche solo temporanea. Infine, come si dirà più avanti¹²⁰, il bilanciamento dovrà comporsi di un

¹¹⁵ Corte cost. n. 78/70.

¹¹⁶ Corte cost. n. 61/65.

¹¹⁷ PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 265.

¹¹⁸ Corte cost., n. 27/59; Corte cost., n. 68/64; Corte cost., n. 32/69; Corte cost., n. 66/84.

¹¹⁹ Cfr. Corte cost., n. 128/1983; Corte cost., n. 109/94.

¹²⁰ Vedi *passim* par. successivo.

ultimo elemento: la valutazione di elementi obiettivi, legati ad un nucleo fattuale in sede di accertamento della pericolosità per i beni collettivi.

Solo a tali condizioni una misura tanto invasiva può ritenersi adeguata e proporzionata alla funzione preventiva. La necessità di determinare i limiti all'intervento preventivo è, peraltro, chiave dell'architettura teorica di legittimità della prevenzione di polizia. Al contrario di quanto talvolta sostenuto¹²¹, la posizione di Carrara sulla prevenzione di polizia è chiara: da un lato, nella distinzione dal *magistero penale* e nel rifiuto di una fisiologica contrarietà del diritto di polizia ai principi del diritto penale; dall'altro, nella necessità di limiti precisi per il funzionamento del *magistero di polizia*. L'interprete si trova allora a fronteggiare il confronto con i limiti alle misure amministrative di prevenzione perseguendo lo scopo di *dare al sistema vigente la maggiore possibile razionalità e il massimo possibile adeguamento ai principi garantistici della Costituzione*¹²².

A tale riguardo, la legittimazione di un bilanciamento nella prevenzione extrapenale al terrorismo tra sicurezza pubblica e diritti di libertà secondo una certa prospettiva dovrebbe richiedere la presenza di almeno due requisiti: il presupposto che nel momento storico sia individuabile ed accertabile una situazione di emergenza per lo Stato, intesa come minacce di certa consistenza rispetto ad eventuali e gravi aggressioni, tale da giustificare deroghe costituzionali; in secondo luogo, i bilanciamenti dovrebbero intervenire in modo proporzionato agli obiettivi da conseguire¹²³. Sebbene ciò sia in principio condivisibile, non si può tuttavia trascurare la concreta difficoltà di accertare le dimensioni di una grave minaccia verso lo Stato; il secondo requisito è invece più accettabile, nella ricerca nel d.l. 144/05 di parametri di misurabilità della proporzione sicurezza pubblica/diritti di libertà.

In conclusione, i giudizi negativi sull'espulsione nella lotta al terrorismo non riescono a convincere: il bilanciamento non appare *costo intollerabile* od *equilibrio insostenibile*, in ragione della lesione della necessità di ricondurre gli strumenti di contrasto al terrorismo al sistema penale¹²⁴. La soluzione è in linea con i canoni di proporzione ed adeguatezza del giudizio di ragionevolezza dell'art. 3 Cost. e, nonostante tutto, il bilanciamento si mantiene saldo in forza di diversi elementi.

In primo luogo, la previsione di una deroga temporanea alla riserva di giurisdizione in tema di libertà personale: l'apposizione del *dies ad quem* è a favore della legittimità della disposizione¹²⁵: l'espulsione senza convalida giudiziale

¹²¹ Petrini, *La prevenzione inutile*, cit., 20 ss.; DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, in *Le misure di prevenzione*, F. Fiorentin (a cura di), Torino, 2006, 3 ss.

¹²² E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XX, Roma, 1990, 3.

¹²³ VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 698, nel richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo evidenzia i requisiti di proporzione nell'*effettiva idoneità* della misura allo scopo, *indisponibilità di mezzi alternativi meno lesivi*, *carattere non eccessivamente gravoso* della limitazione al diritto fondamentale.

¹²⁴ Cfr. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra*, cit., 687.

¹²⁵ PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la "normalizzazione dell'emergenza"*, in *Giur. cost.* 2006, 1787 ss.; INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, *Dir. pen. proc.* 2006, 896, nt. 7.

obbligatoria è ricondotta a ragioni di eccezionale gravità alla cui applicazione è preclusa un'ingiustificata applicazione oltre il tempo dell'emergenza¹²⁶.

In secondo luogo, la natura determinata nel tempo degli effetti del provvedimento espulsivo: lo straniero, nel rispetto delle condizioni di ingresso e soggiorno, potrà fare liberamente ritorno nel territorio italiano al termine della misura; la mancata previsione di una temporaneità della limitazione della libertà personale sarebbe irragionevole sotto il profilo della proporzionalità.

In terzo luogo, il tentativo di adesione a *standards* di garanzia più elevati rispetto al principio di tassatività e sufficiente determinatezza nella descrizione della fattispecie. In questo senso, interviene una combinazione dei requisiti di adeguatezza e proporzione: si accolgono istanze di idoneità ed effettività allo scopo di difesa sociale senza trascurare la necessaria proporzionalità; ciò in forza di un maggior rilievo per la riserva di legge nella costruzione della fattispecie tipica.

Infine, il carattere di inderogabilità della normativa Cedu in tema di diritti inviolabili. Dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 l'obbligo del giudice italiano di interpretare il diritto nazionale in termini di conformità al diritto Cedu vale ovviamente anche per il d.l. 144/05¹²⁷. Il giudice amministrativo sarà, dunque, tenuto ad intervenire in sede di annullamento del decreto espulsivo per illegittima lesione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu), che nella giurisprudenza di Strasburgo costituisce una delle ipotesi più frequenti di illegittimità dell'espulsione.

5. Responsabilità penale e pericolosità sociale nella prevenzione extrapenale.

Per mantenere saldo il bilanciamento in prospettiva dei diritti fondamentali, non si può escludere il principio di legalità-tassatività; gli indici di pericolosità ai fini dell'espulsione necessitano di intensa tipizzazione legislativa¹²⁸. I pericoli di indeterminatezza descrittiva verso categorizzazioni soggettive secondo "tipi d'autore" sono ridimensionati dal richiamo all'*agevolazione* al terrorismo nella fattispecie-presupposto.

¹²⁶ Il rispetto della riserva di giurisdizione relativizza l'incompatibilità con il principio per cui il potere di polizia interviene solo in funzione provvisoria rispetto a quello giudiziale. Cfr. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, cit., 439.

¹²⁷ Cfr. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 57 ss.; VILLANI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. dell'uom.*, 2008, 14; ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, ivi, 50 ss.

¹²⁸ Cfr. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 1992, 5-6; FRAGOLA – ATZORI, *Lineamenti del diritto di polizia*, Padova, 1990, 109 ss. Anche nella legislazione d'emergenza sono irrinunciabili principio di tassatività e materiale offensività (PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione d'emergenza*, in *Studi Delitala*, II, Milano, 1984, 1046).

La rimodulazione delle misure di polizia sul profilo di più marcate descrizioni della pericolosità rilevante segna un mutamento già intrapreso con il richiamo nella L. n. 327/88 al concetto di *elementi di fatto* nella prognosi di pericolosità, in alternativa alla presunzione di pericolosità o mero sospetto. Il riferimento ad elementi fattuali nell'agevolazione al terrorismo ricostruisce il sintomo di pericolosità secondo percorsi analitici critico-deduttivi anziché induttivo-presuntivi. Ciò rileva sul piano della tutela giudiziale, dal momento che il giudice non dovrà valutare l'operato discrezionale dell'autorità secondo un'indagine degli elementi presuntivi adottati, bensì lungo canali di tipo razionale ed obiettivo.

La giurisprudenza costituzionale in tema di limiti alle misure di prevenzione assai chiaramente delinea la latitudine di legittimità dell'intervento preventivo su fattispecie di pericolosità sociale, facendo leva sul rispetto del principio di legalità e di tutela giudiziale, nonché sulla necessaria presenza di piattaforme normative descrittive con precisione gli elementi della fattispecie volti ad orientare i giudizi prognostici di pericolosità¹²⁹. In tal senso, costante è il rigetto della categoria del mero sospetto dalla dimensione preventiva della pubblica autorità per ancorare il giudizio di pericolosità sociale ad elementi fattuali di specie obiettiva¹³⁰. Partendo, quindi, dalla selezione dei limiti a tali forme di intervento, il punto centrale non è l'elemento del sospetto. Questo, in realtà, resta problema secondario, connesso al tema essenziale della selezione dei criteri di individuazione della pericolosità nonché della concreta ampiezza di tale giudizio. I rilievi sull'ammissibilità del sospetto come elemento probatorio non vanno separati dall'esame generale sulla pericolosità sociale del proposto: i temi si fondono in modo intrinseca.

L'espulsione antiterrorismo è misura di prevenzione con problemi concreti di accertabilità della pericolosità rilevante; ciò non tanto a causa dell'ampiezza del *fondato motivo*, quanto per l'obiettiva difficoltà di selezionare parametri su cui graduare la pericolosità del sospetto terrorista. Senza dubbio non va allora trascurato l'appello sulle estreme ambiguità del concetto di pericolosità nella prognosi e definizione dei connotati¹³¹, in particolare in carenza di richiami all'illecito penale, come invece nelle misure di sicurezza¹³². Nell'espulsione antiterrorismo, in analogia a quella di cui all'art. 13 del d.lgs. 286/98¹³³, si impone, pertanto, non solo la verifica della fattispecie presupposto, ma anche un giudizio in concreto sulla pericolosità dell'interessato¹³⁴.

¹²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 113/75; Corte cost., sent. n. 177/80.

¹³⁰ Cfr. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 89.

¹³¹ NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 633 ss.; ID., *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri*, in *Riv. pen. svizz.* 1956, 291; ID., *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.* 1964, 748-749; PAVARINI, *Le fattispecie oggettive di pericolosità nelle leggi 27/12/1956, n. 1423 e 31/5/1965, n. 575*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 284 ss.

¹³² AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 99, 540; ID., *Potere di polizia e poteri del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Pol. dir.* 1974, 340-343; PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. Pen.*, 1976, 11-12; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 34-35; CORSO, *Processi costituzionali*, cit., 134-136; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 1627.

¹³³ Cfr. in giurisprudenza Cass., sent. 11 aprile 2003, n. 5728; Cass., sent. 10 aprile 2003, n. 5661.

¹³⁴ GUERRINI – MAZZA – RIONDATO, *Le misure di prevenzione*, cit., 175.

Un'impostazione corretta nella ricerca di criteri distintivi della pericolosità ai fini della prevenzione extrapenale, per delimitarne ruolo ed area di intervento rispetto a quella penale – senza sovrapporre i modelli di prevenzione o condurre ad uno *svuotamento del procedimento di prevenzione*¹³⁵ –, può essere, da un lato, la distinzione tra oggetto del giudizio di prevenzione e del giudizio penale; dall'altro, un sistema di accertamento distinto dal processo penale, sul piano di una pericolosità rilevante ai fini della misura di polizia. La questione è, dunque, se siano ricostruibili un concetto di pericolosità sociale ai fini di misure amministrative di prevenzione nonché obiettivi criteri di accertamento ulteriori a quelli validi in sede penale. Sebbene sia sostenibile la coincidenza tra pericolosità a fini penali ed a fini amministrativi¹³⁶, tuttavia, la diversità nell'oggetto di tutela tra i due modelli produce effetti sulla prognosi di pericolosità. Nella prevenzione di polizia il baricentro del giudizio di pericolosità gioca forza differisce da quello per l'accertamento di un fatto di reato e di una responsabilità penale; in caso contrario, gli ambiti di responsabilità penale ed intervento preventivo arriverebbero pericolosamente a congiungersi. Al contrario, forma ed oggetto di accertamento devono restare distinti: l'intervento penale accerta lesioni od esposizioni al pericolo di beni meritevoli di tutela penale; l'intervento di polizia ha finalità di verificare il *potenziale pregiudizio* che la condotta del soggetto arreca ai beni collettivi.

Il processo penale accerta una responsabilità in relazione a fatti previsti come reato *ex lege* e, pertanto, richiede un grado di certezza ed obiettività fondato su prove idonee ai fini di un accertamento “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”. Prevenzione extrapenale e processo di prevenzione invece accertano pericolosità svincolate dalla commissione di reati; pertanto, il livello di obiettività e certezza è inevitabilmente ridotto, fondandosi su una ragionevole prognosi di pericolosità nei termini di giudizi di probabilità legati ad elementi obiettivi, traducibili in riscontri indiziari. Ciò conferma un possibile rapporto tra misure di sicurezza e misure di prevenzione nella relazione fra tutela penale e diritto di polizia¹³⁷: sebbene dal profilo più generale dell'istanza di difesa sociale nessuna decisiva differenza sussista fra tutela *ante* e *post delictum*¹³⁸, tuttavia, diversi sono i metodi di accertamento delle due forme di pericolosità. La distinzione deve fondarsi sulle finalità di tutela dei due modelli di prevenzione; nel nostro ordinamento esistono, infatti, pur rare ipotesi in cui la misura di sicurezza si applica a prescindere dalla commissione di un illecito (sono i noti casi dell'istigazione a delinquere non accolta e del reato impossibile: rispettivamente art. 115 ed art. 49 c.p.). Tuttavia, anche in tali casi la pericolosità è sempre misurata in ragione dei parametri di cui agli artt. 203, quali probabilità di commettere in futuro un illecito od incorrere in ipotesi di recidiva, e 133 del codice penale.

¹³⁵ PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 220.

¹³⁶ FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 76.

¹³⁷ Cfr. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, cit., 91. In giurisprudenza Cass., Sez. I, sent. n. 2842/84.

¹³⁸ Cfr. MILITELLO, *La prevenzione dei reati*, in *Teorie criminogenetiche, prevenzione, ruolo delle istituzioni*, in *Trattato di Criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense* (a cura di F. Ferracuti), vol. V, Milano, 1987, 173.

La pericolosità ai fini della misura di polizia, slegata dal necessario riferimento ad un fatto di reato, evidentemente non coincide con tale prospettiva. La pericolosità ai fini dell'espulsione non va misurata sui parametri degli artt. 133 e 203 c.p. bensì con riferimento generale alla nozione di ordine pubblico e sicurezza collettiva nel contesto di elementi indiziari o di sospetto¹³⁹. Anche senza legittimare la distinzione tra pericolosità criminale¹⁴⁰ e sociale¹⁴¹, si può costruire una nozione di pericolosità sul fine di mantenimento dell'ordine pubblico, a prescindere da un fatto penalmente vietato. È utile, dunque, distinguere tra forme di pericolosità rispetto ad un reato e rispetto ad un fatto pericoloso per l'ordine e la sicurezza pubblica; non esiste, in tal senso, identità ontologica necessaria tra i due concetti di pericolo¹⁴². I due concetti di pericolosità non vanno comunque ricondotti necessariamente entro un quadro di riferimento di ordine penale: ordine pubblico e sicurezza possono, infatti, acquisire rilievo ai fini di misure preventive anche se non riferibili a comportamenti criminosi. Il riferimento alla sicurezza pubblica ha ragione non nel rinvio ai singoli interessi sottesi a specifiche figure di reato bensì ai *beni fondamentali della convivenza sociale, la cui conservazione rende appunto i cittadini sicuri*¹⁴³. Non si vede allora per quale ragione la pericolosità rilevante nell'espulsione dovrebbe rapportarsi ad un quadro di ordine penale: si tratta di ambiti applicativi rispetto ai quali il diritto penale resta sostanzialmente escluso.

Infine, vale un'ultima ragione per una collocazione sistematica delle misure di prevenzione personali in dimensione extrapenale. La Suprema Corte¹⁴⁴ ha stabilito che nelle misure di prevenzione per fondare il giudizio di pericolosità è utilizzabile la presenza di indizi sintomatici di pericolosità emergenti dalla pronuncia di proscioglimento del proposto. L'accertamento, dunque, in sede penale di un'estraneità al fatto illecito in punto di responsabilità non esclude per ciò solo l'applicazione di misure di prevenzione; anzi, persino gli elementi probatori nella pronuncia di proscioglimento sono a ciò utilizzabili. Un'ulteriore prova che misure di polizia e prevenzione penale si trovano su assi di scorrimento che, seppur vicine nello scopo di difesa sociale, funzionano come rette parallele che mai devono incontrarsi in un sistema razionale di distribuzione degli spazi di intervento. Diverso è l'oggetto di

¹³⁹ Il primo coincide con fatti noti da cui inferire fatti ignoti che, pur non essendo prova, siano indicativi in sede penale (cfr. Cass. Sez. IV, 8 luglio 1967; *contra* Cass., Sez. II, sent. 10 marzo 1964). Il sospetto si tradurrebbe in congetture ipotetico-induttive che, se suffragate, condurrebbero al procedimento penale nei termini di congetture intuitivo-soggettive e non deduttivo-probabilistiche (cfr. Cass., Sez. I, sent. 21 maggio 1949). Il sospetto resta fuori dal sistema penale, tranne talune eccezioni (art. 384 c.p.p.) e rileva invece nella prevenzione amministrativa. Cfr. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 20.

¹⁴⁰ SABATINI, *Orientamenti in tema di pericolosità*, in *Giust. Pen.*, 1958, II, 386.

¹⁴¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 789; per approfondimenti FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.

¹⁴² A favore del concetto di pericolosità secondo una generica situazione di pericolo anziché di commissione di illecito, BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 47 ss.; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 209 ss.

¹⁴³ NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Foro pen.*, 1957, 313.

¹⁴⁴ Cass. Sez. I, sent. 15 ottobre 2003, n. 43046; Cass. Sez. V, sent. 5 febbraio 2002, n. 31881.

tutela, diversi di conseguenza tecniche di tutela e criteri di accertamento della pericolosità rilevante.

5.1. Misure di polizia e condotte anti-sociali: l'ipotesi del sospetto terrorista.

L'intervento preventivo in assenza di illecito si giustifica in base a pericolosità attinenti a fattispecie tipicamente individuate. Si deve trattare di comportamenti esteriori obiettivamente apprezzabili, sulla scorta del cui accertamento si desuma elevata probabilità di realizzare condotte lesive dell'ordine pubblico e della sicurezza, nell'ambito dei reati previsti agli artt. 270 *bis* e seguenti del codice penale. Questa prospettiva è confermata dalla Corte costituzionale¹⁴⁵, che legittima le misure di prevenzione richiedendo che il richiamo agli *atti preparatori* non sia insufficiente ai fini della riserva di legge e della determinatezza della fattispecie. Tali atti preparatori ai fini della misura non devono, dunque, assumere contorni di rilevanza sufficienti per una sanzione penale: essi *"intanto possono venire in considerazione per l'applicazione di misure di prevenzione in quanto non costituiscano figure autonome di reato"*. In via ulteriore, secondo la Corte l'autorità di pubblica sicurezza non può intervenire in base a meri sospetti: l'ordinamento richiede l'*"oggettiva valutazione dei fatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, che siano manifestazione concreta della sua proclività al delitto e siano state accertate in modo tale da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili"*¹⁴⁶. Emerge, dunque, una valutazione dei fatti che impone all'autorità un vaglio sulla pericolosità secondo dati oggettivi, indipendenti dallo *status* personale del soggetto, quali convinzioni religiose od elementi culturali. La Corte¹⁴⁷ ha poi stabilito che la fattispecie di pericolosità ai fini della misura di prevenzione sia tale da consentire una prognosi di pericolosità (seppure discrezionale, posta la natura amministrativa dell'autorità¹⁴⁸) su *"presupposti di fatto "previsti dalla legge" e perciò passibili di accertamento giudiziale"*¹⁴⁹.

Il bisogno di tassatività nella descrizione della fattispecie di pericolosità non risponde solo al principio della riserva di legge, in quanto ha anche lo scopo di rendere effettivo il controllo giudiziale e l'esercizio di difesa, nonché ridurre il rischio di abusi dell'amministrazione. È, pertanto, necessaria una precisa determinazione della fattispecie di pericolosità, nella descrizione dei connotati tipici per l'espulsione, quale parametro di controllo giudiziale. Viceversa, non si comprende quale sarebbe la base

¹⁴⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 177/80, in *Giur. cost.* 1980, 1537 ss. con nota di BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*; su tale pronuncia DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, cit., 11-12.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 113/75.

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 177/80.

¹⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 193/96.

¹⁴⁹ In sede di valutazione della pericolosità, l'esito della prognosi avverrebbe con *"un apprezzamento di merito"*, nei limiti in cui ciò non si traduca in arbitrio (Corte cost., sent. n. 32/69).

oggettiva per valutare la legittima irrogazione della misura¹⁵⁰: solo il rinvio a comportamenti aventi connotati descritti nella fattispecie in modo determinato può rendere tollerabile il potere discrezionale e garantire il diritto di difesa¹⁵¹. Il parametro di richiamo della Corte per l'accertamento della pericolosità ai fini della misura di prevenzione è, dunque, la sussistenza di "*elementi di fatto, in ossequio al principio del ripudio del mero sospetto come presupposto per l'applicazione delle misure ...*"; al contempo, decisivo rilievo ha la prognosi sui reati realizzabili dal proposto¹⁵². A tale proposito, non condivido il rilievo per cui, nella costruzione della fattispecie di pericolosità, vi sarebbero solo due alternative: o creare misure preventive legate alla prognosi di pericolosità sulla futura commissione di reati, con il rischio di duplicare fattispecie penali; oppure predisporre misure afflittive circa comportamenti il cui disvalore non si fondi su solide basi¹⁵³. La seconda soluzione è inaccettabile per ovvie ragioni connesse al significato complessivo di liceità di tali misure; la prima difetta invece per l'assenza di distinzioni fra area della tutela penale e del diritto di polizia.

In realtà, è concepibile una fattispecie di pericolosità legata alla futura commissione di un illecito senza duplicazione di una fattispecie di reato, attraverso il richiamo agli *atti preparatori*. A tale scopo, sebbene il riferimento al principio di offensività sia valido solo per il campo penale, occorre che le tipologie comportamentali rilevanti esprimano sintomi di reale e persistente pericolosità. Per calibrare l'indagine sulla pericolosità in fase *ante o praeter delictum* su dati obiettivi e verificabili non vi sono alternative: la costellazione di comportamenti rilevanti coincide con attività preparatorie di attentati o comunque di attività terroristiche inidonee a raggiungere soglie di punibilità penale¹⁵⁴. La pericolosità fondante la misura di prevenzione non si riferisce ad altro che all'obiettivo rilevanza amministrativa di tali atti, non incriminabili perché non rientranti nella sfera del tentativo¹⁵⁵.

In generale, la dimensione degli atti preparatori è uno dei profili più complessi nella selezione di condotte atipiche rispetto ad una fattispecie incriminatrice e la difficoltà si acuisce quando si tratti di fattispecie plurisoggettiva; poco chiara resta, infatti, la distinzione con gli *atti esecutivi*¹⁵⁶. La soglia di incriminazione rispetto a tali

¹⁵⁰ Cfr. DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, cit., 58. Tuttavia, una tutela posticipata su atto già efficace può tradursi in garanzie ridotte: l'accertamento si esaurirebbe in verifiche "esterne", attesa la difficoltà che nel vaglio giudiziale di un atto amministrativo emergano elementi ulteriori a quelli dell'autorità di pubblica sicurezza. Cfr. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione*, cit., 133.

¹⁵¹ Cfr. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 225 ss.

¹⁵² Cfr. Corte cost., sent. n. 419/94.

¹⁵³ Per tale impostazione invece DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, cit., 62.

¹⁵⁴ Cfr. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 12.

¹⁵⁵ NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1956, 19, richiama come esempi per le misure di prevenzione il tentativo di reato impossibile, l'istigazione non accolta, l'accordo criminoso non seguito dall'attuazione del disegno.

¹⁵⁶ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 50 ss.; cfr. anche LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone*, Napoli, 1964, 56. La mera presenza sul luogo del reato integra partecipazione ad un illecito purché ciò si traduca in un'azione materiale offensiva rispetto ad un fatto espressivo di disvalore penale (Cfr. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 94). La condotta andrebbe, comunque, posta in relazione ad un fatto di reato, dal momento che l'offesa sanzionabile può essere quella

atti atipici non può essere spinta oltre il limite di atti inoffensivi per il bene penalmente protetto. Se, dunque, si assume che l'agevolazione penalmente rilevante sia la partecipazione materiale seppure atipica (che però, in quanto causalmente qualificata, incide su una parte tipica dell'azione lesiva o su modalità di realizzazione dell'evento), valgono alcuni rilievi per discutere il concetto di atti preparatori ai fini delle misure di polizia. Gli atti preparatori – in quanto privi di requisiti necessari per tipizzare il contributo di agevolazione rispetto ad una fattispecie concorsuale – coincidono con attività penalmente lecite, posizionate in fase antecedente al tentativo. È lì che nell'*iter* di agevolazione si pone l'intervento amministrativo: prima cioè del raggiungimento della soglia del delitto tentato e prima che sul piano della rilevanza probatoria si rientri nei gravi indizi di colpevolezza.

In tal modo, sono individuabili le categorie di elementi fattuali richiesti dalla Corte ai fini di una pericolosità rilevante sul piano extrapenale. Viceversa, si cadrebbe nell'alternativa di soggettivizzazioni di categorie criminogene di "socialmente pericolosi" nonché di selezioni categoriali di *tipi d'autore*, basate su giudizi valoriali di particolari comportamenti o costumi socio-culturali. Tale prospettiva resta impraticabile, in quanto esprime il pericolo di arbitrio dell'autorità e si espone a censure di violazione della riserva di legge (art. 13 Cost.) in tema di tassatività e determinatezza (*"il sospetto terrorista"*)¹⁵⁷. In proposito, a Corte costituzionale in uno dei suoi storici interventi in materia¹⁵⁸ ha stabilito che, qualunque sia il parametro per l'intervento preventivo, è essenziale il rispetto della riserva di legge; pertanto, le fattispecie di pericolosità nella misura preventiva vanno sufficientemente determinate.

Da questo punto di vista, seppure stimolanti appaiono gli sforzi criminologici di ricostruire tipologie di pericolosità criminale ai fini della prognosi nelle misure di prevenzione, i rischi di creazione di tipi d'autore non sono innocuizzabili senza il rinvio a comportamenti tipici obiettivamente accertabili, seppure non ancora rilevanti penalmente. Né la soluzione della prognosi *empirico-intuitiva* – secondo la vita pregressa del soggetto e le sue relazioni sociali – né quella *statistica* – secondo tabelle prognostiche di comportamenti costanti nei gruppi criminali – né la prognosi *strutturale* – quale combinazione tra le due – sono utilizzabili per il terrorismo¹⁵⁹. Se, da

che al più integra un pericolo in forma di tentativo (cfr. STORTONI, *Agevolazione*, cit., 97; cfr. anche PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., 79). La costruzione di una soglia minima di rilevanza penale negli atti esecutivi impone il richiamo all'efficienza causale della condotta rispetto all'evento illecito ed un *quantum* di adeguatezza rispetto al fatto tipico o ad un suo elemento qualificato. Cfr. STORTONI, *Agevolazione*, cit., 126-127.

¹⁵⁷ Cfr. MUSCO, *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma* (a cura di G. Vassalli), Milano, 1982, 173. Un'alternativa è l'indagine criminologica, ma le quote di errore sono così elevate da non costituire criterio sicuro, con approssimazioni ridicibili all'arbitrio. Cfr. ID., *Le misure di sicurezza detentive. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 191 ss.; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 33 ss.; NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. Cost.*, 1975, 3100 ss.; TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 29.

¹⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 23/64.

¹⁵⁹ Cfr. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 15; in relazione alla prognosi statistica cfr. KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985, 137 ss.

un lato, serve una pericolosità tanto grave da giustificare misure tanto invasive quale l'espulsione, non si deve d'altro lato attribuire un rilievo eccessivo ad elementi soggettivi, come condotta di vita, convinzioni ideologico-religiose, frequentazioni abituali o ritenuta predisposizione al delitto. Fondare su di essi il giudizio di pericolosità è scelta tanto pericolosa per la lesione dei diritti fondamentali quanto insufficiente ad un quadro indiziario adeguato a definire la misura idonea, necessaria e proporzionata al bisogno di difesa sociale¹⁶⁰.

Il giudizio di pericolosità deve invece spostarsi su una *dimensione dinamica*, quale probabilità in base ad *elementi di fatto* che il soggetto realizzi condotte pericolose per ordine e sicurezza pubblica¹⁶¹. Ciò con un giudizio prognostico che accerti l'attitudine al comportamento pericoloso, ma in connessione con un nucleo fattuale ed obiettivo indicativo del pericolo di futura agevolazione. L'inapplicabilità delle garanzie di tutela penale alle misure di polizia impone di seguire le già richiamate indicazioni della Corte costituzionale in tema di stretta tassatività. L'accertamento della pericolosità non può svolgersi in base a indicazioni criminologiche; il giudizio prognostico sulla *probabilità dell'evento temuto*¹⁶² non assume, infatti, caratteri tali da configurare necessari i criteri criminologici. Ove invece si raggiunga un supporto indiziario idoneo ad evidenziare l'integrazione di un comportamento del proposto prossimo alla soglia del penalmente rilevante del tentativo di agevolazione, possono ricorrere i presupposti di attivazione della misura, senza necessità di proiezioni incerte e poco affidabili sull'eventuale commissione di un illecito.

È, quindi, necessario il collegamento con dati obiettivi per fondare la nozione di pericolosità nella misura di polizia ed individuare criteri di garanzia dagli abusi. Ciò è realizzabile nella lettura degli elementi della norma, che richiamano il fondato motivo circa il pericolo che anche la mera presenza dello straniero possa *in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche*; si tratta allora di individuare il *quantum* di condotta idoneo a giustificare la misura. Il tenore letterale dell'art. 18 L. n. 152/75 (a cui l'art. 3 d.l. 144/05 rimanda) fornisce un elemento importante: gli *atti preparatori, obiettivamente rilevanti*, in un caso diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, in un altro a ricostituire il partito fascista e, nel caso di specie, ad agevolare attività od organizzazioni con finalità terroristica. È, dunque, a tali atti penalmente irrilevanti che ci si riferisce, senza spazio per valutazioni su *tòpos* religiosi o socio-culturali.

La legittimità della soluzione dell'art. 3 d.l. 144/05 infine si conferma perché gli *standards* di tassatività sono garantiti dal collegamento dell'agevolazione ad una norma apposita descrittiva della condotta, il che spiega come mai ad oggi difettino pronunce

¹⁶⁰ In senso contrario *ex multis* FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 22-23.

¹⁶¹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 587 ss., approva una concezione "mista" che affianca alla funzione prognostico-preventiva del giudizio di pericolosità quella retrospettivo-retributiva, relativa alla personalità del proposto. Sulla distinzione fra dimensione dinamica e statica FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, cit., 23. NUVOLONE, *Misure di prevenzione*, cit., 634, osserva che il punto più complesso nelle misure di prevenzione è il rispetto della certezza del diritto: il giudizio prognostico verte su situazioni future e, dunque la prognosi di pericolosità non può che legarsi rigorosamente ad elementi fattuali.

¹⁶² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1989, 203 ss.

di illegittimità sul punto¹⁶³. Ciò consente di superare due rischi: da un lato, si superano i vuoti di tutela in un ambito decisivo di politica criminale, atteso che la misura interviene su terreni comportamentali in cui al diritto penale non è consentito l'accesso nel rispetto del principio di offensività. Da un altro, il sistema di prevenzione per gli stranieri viene assolto dall'accusa di autoritarie restaurazioni di obsolete *pene del sospetto*.

5.2. Prevenzione di polizia ed intervento penale.

L'importanza di una prevenzione extrapenale secondo proporzione e necessità impone una proposta finale per bilanciamenti più ragionevoli. La violenza del terrorismo – con gli attacchi allo *skyline* di New York, alla stazione di Atocha, al mercato di Sharm el Sheikh, alla discoteca di Bali, alla metropolitana di Londra – ha mostrato un'organizzazione criminale sovranazionale in guerra verso il “mondo occidentale”, facendo emergere in Italia un'esigenza di prevenzione extrapenale in particolare su attività potenzialmente pericolose¹⁶⁴. Le scelte legislative hanno proposto il ricorso congiunto a strumenti penali ed extrapenali: insieme a fattispecie di tipo associativo, l'anticipazione di tutela si è rafforzata con le misure di polizia¹⁶⁵. È ormai una prospettiva comune a varie esperienze di area europea: anche nel Regno Unito¹⁶⁶,

¹⁶³ È un aspetto centrale, posto che quando la Corte, in tema di misure di prevenzione, ha ritenuto necessario prevedere *ex lege* presupposti di fatto per il giudizio di pericolosità, non ha esitato ad intervenire. Cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 23/64. Peraltro, la Corte non esclude soluzioni presuntive per accertare la pericolosità. Cfr. Corte cost., sentenze n. 19/66; n. 68/67; n. 106/72; n. 119/76. La Corte aveva già ribadito la piena legittimità di tale scelta, in ragione della differenza con la tecnica di descrizione delle fattispecie penali (cfr. Corte cost., sent. n. 23/64). La condizione di legittimità di tali tecniche di tipizzazione di pericolosità è che tali presunzioni siano razionalmente fondate su *comuni esperienze*. In proposito, cfr. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione*, cit., 132.

¹⁶⁴ Cfr. LYON, *Massima sicurezza. Sorveglianza e “guerra al terrorismo”*, Milano, 2005, XXI ss., 41 ss.; BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 50; sulle misure preventive a tutela della sicurezza cfr. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e legge fondamentale* (a cura di Amirante), Torino, 1998, 76 ss.

¹⁶⁵ Contra FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 62.

¹⁶⁶ Il *The Prevention of Terrorism Act 2005* prevede i c.d. *control orders*: ordini di polizia con durata indeterminata, irrogabili su presunzioni di pericolosità da parte del *Secretary of State for the Home Department*. Per approfondimenti WALKER, *Keeping control without losing control of constitutionalism*, in *Stanford Law Review* 2007, 1408-1410; ID., *Prisoners of “war all the time”*, in *European Human Rights Law Review* 2005, 71; BONNER, *Checking the executive? Detention without trial, control orders, due process and human rights*, in *European Public Law* 2006, p. ss.; ID., *Executive measures, Terrorism and National Security: have the rules of the game changed?*, Ashgate, Aldershot, 2007; BONNER – CHOLEWINSKI, *The response of the United Kingdom's legal and constitutional orders to the 1991 Gulf War and the post-9/11 “War on Terrorism”*, in *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe* (a cura di E. Guild – A. Baldaccini), Leiden-Boston, 2007, 142 ss.; MACDONALD, *ASBOs and Control Orders: two recurring themes, two apparent contradictions*, in *Parliamentary Affairs* 2007, 601 ss.; HANLON, *UK Anti-Terrorism legislation: still disproportionate?*, in *The International Journal of Human Rights* 2007, 507. In giurisprudenza House of Lords, sent. 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department c. JJ*, in *Weekly Law Reports* 2007, 642; sent., 31

ad esempio, si perseguono scopi preventivi al terrorismo secondo modalità extrapenali verso comportamenti penalmente irrilevanti e pericolosità svincolate da condotte illecite.

La diffusione di prospettiva extrapenale ha molteplici ragioni, la più importante legata alle differenze con le altre forme di criminalità e, dunque, all'insufficienza della prevenzione penale. Nelle aggressioni a persone generalmente l'obiettivo è la vittima stessa; negli atti terroristici invece lo scopo di lesione non sono i singoli individui ma la società nel suo insieme¹⁶⁷. Inoltre, il terrorismo ha connotazione ideologica: il suo obiettivo è esaltare conflitti religiosi e culturali mediante la diffusione del senso di insicurezza¹⁶⁸. Per l'Italia vi sono poi divergenze con la mafia, tra cui in primo luogo la finalità dell'agire illecito. L'associazione mafiosa persegue scopi di controllo e gestione illecita di attività economiche, istituzionali, sociali per acquisire masse di capitali e patrimoni; il terrorismo attiene ad ambiti politico-istituzionali di destabilizzazione delle strutture democratiche. La criminalità mafiosa instaura relazioni illecite con canali politico-istituzionali interni allo Stato, quella terroristica opera come *alter ego* dello Stato alla ricerca di strutture sociali alternative. L'offensività del terrorismo resta poi meno controllabile, in ragione dell'imprevedibilità degli attacchi e della difficoltà di identificarne l'origine per la molteplicità di gruppi riconducibili alla matrice islamica. Peraltro, l'attacco suicida riduce nella stessa norma penale la portata intimidatrice, dal momento che la disponibilità dei potenziali terroristi a fungere da "bomba umana" ridimensiona la capacità di orientare in concreto le condotte con la minaccia di pena; ponendo così l'esigenza di formule extrapenali neutralizzanti in fase *ante-delictum*. Infine, la deformazione criminogena del terrorismo deriva dagli scopi di *ipervittimizzazione* e *spersonalizzazione* e, dunque, dall'assenza di relazioni tra vittima ed autore del reato¹⁶⁹. Il terrorismo produce lesioni alla *dignità umana*, dal momento che la vittima non rileva mai nel progetto criminoso e la violenza del *kamikaze* colpisce "nel mucchio": il fatto illecito contiene allora un *quid pluris* coincidente con la menomazione della dignità¹⁷⁰.

Al di là di tali aspetti, il passaggio del diritto penale verso la prospettiva amministrativa si comprende solo individuando il vero oggetto di tutela su cui si

ottobre 2007, *Secretary of State for the Home department c. MB*, ivi, 681; sent., 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department c. E*, ivi, 720. Cfr. FELDMAN, *Deprivation of liberty in Anti-Terrorism law*, in *The Cambridge Law Journal* 2008, 4 ss.; SANDELL, *Liberty, fairness and the UK control order case: two steps forward, two steps back*, in *European Human Rights Law Review* 2008, 120 ss.; HARDIMAN – MCCARTNEY, *Controlling control orders: article 5 ECHR and The Prevention of Terrorism Act 2005*, in *The Cambridge Law Journal* 2007, 6 ss.

¹⁶⁷ Cfr. PASTOR, *Security and methods*, Amsterdam, 2007, 515.

¹⁶⁸ Cfr. PASTOR, *Security*, cit., 516.

¹⁶⁹ DELMAS MARTY, *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (a cura di A. Cassese – M. Delmas Marty), Parigi, 2002, 67 ss.; A. CASSESE, *Terrorism as an International Crime*, cit., 219 ss.; DIMITRIJEVIC, *Terrorism and human rights after 2001*, in *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide* (a cura di M. Bergsmo), Leiden-Boston, 2003, 604 ss.

¹⁷⁰ BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 152-154.

concentra il rapporto tra prevenzione penale ed extrapenale al terrorismo, cioè la *sicurezza*. La sicurezza è il principale campo di interazione fra diritto penale ed amministrativo: dove non arriva il diritto penale interviene il diritto amministrativo, sul rilievo che in talune ipotesi di pericolosità la sanzione penale non sia forma di adeguato controllo sociale. In taluni casi, la soluzione extrapenale è giustificata *sic et simpliciter* da differenziazioni degli strumenti di contrasto della criminalità, in rapporto alle differenze ontologiche dei fenomeni sociali¹⁷¹. In ragione della peculiarità criminologica del terrorismo si rinuncia ad una prevenzione esclusivamente affidata alla soluzione penale, per non lasciare senza regolazione comportamenti leciti che, sebbene non riproducibili in area penale, tuttavia, si intersecano con fatti pienamente sanzionabili. Si tratta allora di considerare la presenza nell'ordinamento di un fronte preventivo di limitazioni alla libertà funzionale al sistema penale. Si spiega così l'universo di comportamenti su cui si insedia l'espulsione: ciascuno dei segmenti e condizioni di vita sociale (relazioni con particolari soggetti, frequentazione di particolari luoghi, svolgimento di particolari attività o manifestazione di particolari opinioni) non integranti ipotesi di reato e, tuttavia, gravitanti attorno alla perpetrazione di un attentato.

In questa prospettiva, l'opzione penale è in sé legittima se la sanzione è idonea agli scopi per cui è posta¹⁷². Scopo del sistema normativo – e, dunque, in primo luogo del diritto penale – non è tutelare la sicurezza dei beni o dei diritti, bensì attuare protezione *effettiva* di tali posizioni giuridiche per consentire l'esercizio delle libertà¹⁷³; per cui non rileva solo la primazia del bene nelle scelte di criminalizzazione, quanto la concreta efficacia degli strumenti impiegati. Lo scivolamento verso la tutela amministrativa ed i poteri di polizia anche di tipo locale si fonda sulla valorizzazione di prospettive di efficienza nell'intervento: l'urgenza di sicurezza mal si concilia con la dimensione dibattimentale, che serve alla formazione di elementi di prova, nonché, in generale, con i tempi del processo penale che mirano ad accertamenti completi di fatti di reato. Con l'intervento extrapenale si privilegia un criterio pragmatico di controllo sulle ipotesi di pericolosità, anziché scelte di tipizzazione per via penale. Nel contrasto al terrorismo si cerca l'efficienza maggiore mediante l'anticipazione della tutela penale in fase *ante-delictum*, fino all'incontro con l'area amministrativa: l'arretramento a comportamenti penalmente irrilevanti conduce alla prevenzione extrapenale di attività lecite rilevanti per realizzare illeciti e, dunque, ai fenomeni di interazione di discipline.

Il principio di *extrema ratio* dell'intervento penale non è preso in considerazione solo sul piano dell'eventuale esistenza degli *obblighi di incriminazione*, quanto nella

¹⁷¹ In relazione ad es. alla prevenzione di polizia nei casi di *street crimes* o *street criminality* cfr. PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 25.

¹⁷² Cfr. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, cit., 133; sull'effettività cfr. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 430 ss.

¹⁷³ JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale* (a cura di R.E. Kostoris – R. Orlandi), Torino, 2006, 6.

combinazione delle forme di intervento con il principio di *sussidiarietà*¹⁷⁴. Rispetto a categorie comportamentali non integranti lo stadio del tentativo l'anticipazione ad atti preparatori apre alla prevenzione extrapenale¹⁷⁵. La valorizzazione del pragmatismo e del momento di efficienza se, da un lato, aderisce ad un sistema che limita la soluzione penale secondo necessità, proporzione, razionalità; da un altro, però pone il rischio di pregiudizi alle libertà i cui strumenti di garanzia rimangono estromessi nelle forme extrapenali. Con una modulazione del controllo su fatti non aggredibili con lo strumento penale e nella necessità di altri strumenti di lotta¹⁷⁶, il legislatore rafforza l'opzione extrapenale in tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico sui diritti di libertà.

6. Diritto alla sicurezza ed anticipazione della tutela penale.

La prospettiva di neutralizzazione anticipata rischia di pregiudicare i diritti di libertà, in quanto domina l'opzione di prevalenza della tutela collettiva della sicurezza. Nonostante posizioni opposte¹⁷⁷, dinanzi a tali pericoli¹⁷⁸ il bilanciamento è imprescindibile¹⁷⁹: il conflitto con i diritti di libertà va razionalizzato poiché l'esigenza di difesa sociale nella minaccia è illimitata¹⁸⁰. Nel caso dell'espulsione si può obiettare sulla razionalità del bilanciamento, non sulla legittimità di soluzioni extrapenali: la sicurezza non è concepita come diritto, bensì come interesse pubblico e, in tal modo, è oggetto di tutela amministrativa.

La sicurezza, in realtà, è concetto generico, con contenuto ibrido di istanze di difesa sociale e generici obiettivi politico-sociali. In essa si richiama un'*hobbesiana* garanzia collettiva di *sicurezza e pace*, codificabile più facilmente, anziché come bene

¹⁷⁴ Cfr. alla riduzione di intervento penale BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 443 ss.; ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli, 1994, 229 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 466 ss.

¹⁷⁵ Cfr. PAGLIARO, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Giust. Pen.*, 1993, 170.

¹⁷⁶ VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare* (a cura di A. Bernardi – B. Pastore – A. Pugiotto), Milano, 2008, 6.

¹⁷⁷ Cfr. WALKER, *Clamping down on terrorism in the United Kingdom*, in *Journal of International Criminal Justice* 2006, 1147.

¹⁷⁸ In generale cfr. IGNATIEFF, *The lesser evil*, Edinburgh, 2004, 25.

¹⁷⁹ Cfr. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Rass. Parlam.*, 2004, 427 ss.

¹⁸⁰ FROSINI – BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Democrazie protette e protezione e protezione della democrazia*, cit., 78. La necessità di bilanciamento si conferma nella vicenda del "muro israeliano". Cfr. H.C.J. sent. 30 giugno 2004, n. 2056/04, *Beit Sourik Villane Council v. The Government of Israel and the Commander of IDF Forces in the West Bank*, par. 86; Frosini, *La Corte di giustizia e il muro di Israele*, in *Quad. cost.* 2004, 839 ss.; FROSINI – BASSU, *La libertà personale*, cit., 79. Non a caso nella nostra esperienza costituzionale, come in altre, i requisiti di *ragionevolezza* e *proporzione* sono imprescindibili in tema di sicurezza pubblica, come *criteri di base* della prevenzione penale secondo effettiva razionalità. Cfr. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

giuridico, come fine dello Stato di diritto o del contratto sociale in contrasto con i diritti dell'individuo¹⁸¹. Il problema complessivo resta, dunque, qualificare il bene: la portata omnicomprensiva della sicurezza rischia di produrre un impreciso e sfumato fine di tutela, per cui è necessario restringere l'espansione di tale aspettativa.

A mio giudizio, al conflitto diritto/bene collettivo è preferibile la sicurezza come situazione *individuale*, anziché *collettiva*. Tale prospettiva può portare due vantaggi: una ridefinizione applicativa della tutela penale nelle misure di polizia e bilanciamenti più ragionevoli nei contesti di emergenza.

Esaminiamo il primo. Un bilanciamento diverso – e forse prevalenza della tutela penale con le maggiori garanzie del procedimento penale (accertamento *al di là di ogni ragionevole dubbio*, presunzione di innocenza, sospensione in caso di impugnazione) – sarebbe così raggiungibile¹⁸². La prospettiva della sicurezza come diritto fondamentale apre ad un'equiparazione con i diritti dei singoli; ciò potrebbe produrre in teoria rischi di bilanciabilità con i diritti assoluti, quali vita, integrità fisica: tuttavia, questo pericolo viene neutralizzato dall'inclusione tra i beni non negoziabili per la Cedu. Nonostante ciò, non è infondata la prospettiva di un problema di gerarchizzazione tra i diritti¹⁸³ che, a mio giudizio, viene però risolto con i criteri di bilanciamento prima suggeriti. Ciò porta a privilegiare la prospettiva individuale per lo scopo di equilibrio: quale diritto fondamentale, la sicurezza è un bene in primo luogo nella titolarità del singolo, al di fuori di una dimensione collettiva che rischia di infrangere il necessario rispetto degli altri beni in concorrenza.

Peraltro, la Corte costituzionale, stabilendo che l'espulsione incide sulla libertà personale¹⁸⁴, ha posto in concreto il problema della natura del bene oggetto di tutela giudiziale. Intendendo la sicurezza come interesse pubblico, la corrispettiva libertà degrada ad interesse legittimo, con tutela del giudice amministrativo e riduzione delle garanzie. L'inversione a diritto individuale potrebbe impedire la degradazione, determinando competenza del giudice ordinario ed esportazione dei modelli di garanzia penale.

In generale, è vero che la natura collettiva di un bene non esclude la tutela penale: questa non è criterio-limite del penalmente rilevante, dal momento che si ammette una relazione fra struttura penale ed interesse collettivo¹⁸⁵. Ciò al punto che nella costruzione dell'intervento penale si prescinde da oggettività forgiate su profili di beni giuridici intesi come diritti soggettivi o beni e valori ad essi funzionali, come

¹⁸¹ Cfr. DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, relazione al Convegno "Sicurezza e diritto penale", Modena, 20-21 marzo 2009, 3-4 del dattiloscritto.

¹⁸² Cfr. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des Freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin – New York, 1983.

¹⁸³ DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante*, cit., 4.

¹⁸⁴ Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105 in *Foro it.*, 2001, I, 2701 ss. (con nota di P. LA SPINA); Corte cost., sent. 15 luglio 2004, n. 222 in *Foro it.*, 2004, I, 2618 ss. (con nota di P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla disciplina dell'immigrazione*).

¹⁸⁵ Cfr. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni" e programma di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero), Milano, 2006, 933 ss.

spesso nelle tradizionali accezioni¹⁸⁶. In particolare, la difforme titolarità su cui si atteggia il contenuto dell'interesse collettivo – apparente ostacolo alla riproduzione del concetto di responsabilità penale anche rispetto alla lesione di beni collettivi – non impedisce la rilevanza penale¹⁸⁷. Tuttavia, l'attitudine penale a tutelare interessi collettivi nel caso della sicurezza si confronta con l'ontologica *specificità* di contenuto del bene. In posizione di primazia nel sistema costituzionale, la sicurezza collettiva rimane quasi esclusivo oggetto di tutela amministrativa per il peculiare contenuto che esprime, legata come bene collettivo alle fondamenta delle istituzioni democratiche, al punto da restare senza autonomia dal concetto di ordine pubblico¹⁸⁸. In ragione di ciò, alla tutela della sicurezza non si legano solo scopi di difesa sociale riconducibili agli ambiti di politica criminale, quanto più spesso soluzioni di opportunità politico-sociale. Tale scelta incide sulle tecniche di tutela: la sicurezza pubblica è il principale oggetto dell'attività della polizia di sicurezza e la potenziale offendibilità della stessa come interesse collettivo non basta a legittimare risposte di tipo repressivo.

Inoltre, la portata collettiva di un bene in genere assesta il piano di intervento penale su uno stadio, anziché di *definizione* di assetti di vita sociale, di *rimozione di un limite*, affinché tali assetti siano implementati e fruibili dalla collettività¹⁸⁹. Per il caso della sicurezza invece il processo anti-espansivo è ancora più intenso: la natura collettiva del bene degrada l'intervento penale a ruolo secondario rispetto a quello extrapenale, a cui si affida quasi integralmente l'obiettivo di *definire* e *rimuovere i limiti* al funzionamento degli assetti sociali. L'intervento extrapenale non serve, dunque, in questo caso solo a definire gli assetti di vita dei consociati quanto ad eliminare limiti al godimento collettivo della sicurezza. L'intersezione diritto penale/amministrativo è, dunque, costruita in senso *espansivo* per la formula extrapenale, in funzione di ipostatizzazione dello scopo di tutela secondo il *contenuto* del bene: la risposta penale resta in concreto piuttosto emarginata. La natura di bene collettivo, in definitiva, sebbene in astratto non imporrebbe ostacoli *ex se* ad una presenza nell'orbita penale, tuttavia, per la sicurezza si accompagna ad un radicamento nella dimensione amministrativa, come conferma la natura *metapenale* ma sostanzialmente amministrativa delle misure di prevenzione personali.

La soluzione extrapenale indubbiamente ha vantaggi di immediatezza nell'azione incapacitante e deflazione di procedimenti e carico carcerario (es., l'espulsione dello straniero)¹⁹⁰. Tuttavia, la focalizzazione su scopi di celerità rende

¹⁸⁶ In particolare SCUBBI, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in *Quest. crim.*, 1975, 439 ss.

¹⁸⁷ Es., tutela penale dell'ambiente, sicurezza alimentare o del lavoro. Il concetto di bene giuridico come oggetto di illecito penale trascende il singolo diritto del privato e l'appartenenza a dimensioni individuali ed è concepibile in prospettiva *ultraindividuale*. Per approfondimenti SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente: bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007.

¹⁸⁸ A favore dell'endiadi invece CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale* (a cura di S. Cassese), Milano, 2003, 284.

¹⁸⁹ In termini generali DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale*, cit., 949.

¹⁹⁰ Nel dibattito sul reato di immigrazione clandestina – prima dell'entrata in vigore – si discuteva sull'inopportunità di tale scelta alla luce dei rischi sul carico giudiziario di migliaia di nuovi processi e per

difficile il bilanciamento: l'insufficienza degli *standards* di tutela dei diritti individuali è cagionata *endemicamente* dalla qualificazione della sicurezza come bene collettivo.

Mi sembra poi che il profilo del bene oggetto di tutela resti posizionato in un settore assai definito. Se è vera la pluralità di contesti di disciplina in cui in modo più o meno evidente si richiama la generica esigenza di sicurezza¹⁹¹, è vero anche che l'ambito di prevenzione del terrorismo è circoscrivibile ad un preciso profilo di bene. Conseguentemente, se non si definisce il contesto specifico di sicurezza tale concetto rischia di restare troppo ampio, quale *unicum* astratto includente svariate esigenze dei singoli nella società organizzata¹⁹². Proprio per evitare irrazionali dilatazioni del discorso sulla sicurezza è necessario delimitare l'oggetto di tutela a cui ci riferiamo.

La sicurezza fa già parte, in realtà, del campo di diritto penale, né il diritto penale della sicurezza si può considerare un problema nuovo e solo attuale¹⁹³. È chiaro che ai fini della tutela penale la sicurezza rileva come sicurezza del lavoro, del prodotto, della *privacy*, dell'ambiente o della circolazione stradale; è anche vero però che in questa prospettiva il bene rischia di chiudersi ancora una volta in un contenitore troppo esteso e, alla resa dei conti, privo di significato. È necessario evitare confusione tra i settori di disciplina, riconducendo l'intervento preventivo ad un bisogno preciso, quale il rischio di aggressioni terroristiche che altera le normali attività di vita dei soggetti. L'anticipazione di tutela si giustifica, infatti, proprio nella specificità del bene: questo è un preciso profilo di sicurezza che, a mio giudizio, collide fortemente nelle forme extrapenalistiche di tipo locale con la *sicurezza urbana*¹⁹⁴.

Proprio perché, come ben rilevato¹⁹⁵, il diritto penale non tutela una mera percezione, un sentimento di sicurezza, il bene tutelato è ibrido e sfuggente e le armi di tutela tendono ad avvicinarsi a prospettive amministrative di discrezionalità e opportunità politica. In modo simile, nel caso della polizia locale il bene emergente afferisce a dimensioni soggettivo-psicologiche, nei due sottoinsiemi della *sicurezza urbana* ed *incolumità pubblica*. Nel caso delle espulsioni dello straniero per la natura maggiormente invasiva dello strumento non si può mantenere tale prospettiva psicologica di individuazione del bene: occorre spostarsi su un piano oggettivo di limitazione del potere discrezionale. A questo fine soccorrono le tecniche di

le finalità di celerità dei procedimenti amministrativi di allontanamento dinanzi a più profonde garanzie processuali. Cfr. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici*, cit., 45.

¹⁹¹ Su tale aspetto DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante*, cit., 5-10.

¹⁹² Cfr. PULITANÒ, *Problemi della sicurezza e diritto penale*, intervento al Convegno "Sicurezza e diritto penale", Modena, 20-21 marzo 2009, 2 del manoscritto.

¹⁹³ Su tale profilo NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, intervento al Convegno "Diritto penale e sicurezza", Modena, 20-21 marzo 2009, 1-5 del manoscritto.

¹⁹⁴ La riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione (L. cost. n. 3/01) ha costituzionalizzato l'ordine pubblico con una riserva statale in tema di "ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale" (cfr. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 494 ss.). Ciò ha creato una distinzione tra vari livelli di tutela per la sicurezza a livello nazionale, nei casi di riserva legislativa, ed a livello regionale, nei casi residui. Cfr. FIASCO, *La sicurezza locale*, Milano, 2001, 5 ss.; MEZZETTI, *Polizia locale*, in *Dizionario giuridico delle autonomie locali* (a cura di), Padova, 1999, 843 ss.

¹⁹⁵ DONINI, *La sicurezza*, cit., 12.

bilanciamento nei canoni di proporzione e necessità e la qualificazione come diritto fondamentale, che consentono di limitare l'esclusione del garantismo penale. Riguardo alla sicurezza urbana sono necessari però alcuni brevi chiarimenti.

6.1. Sicurezza urbana e controllo sociale.

La creazione di un sistema di tutela della sicurezza *a due velocità* (statale e locale) emerge dal principio di leale collaborazione statale e regionale in tema di immigrazione, ordine pubblico e sicurezza¹⁹⁶; ciò comporta effetti sul contenuto del bene. Sul piano dei poteri di polizia il nuovo art. 6 della L. 125/08, di modifica dell'art. 54 del d.lgs. 267/00,¹⁹⁷ riconosce le autonomie locali per la gestione della sicurezza pubblica. Il tema della polizia locale è assai attuale, come conferma la vicenda dell'ordinanza 25 agosto 2007, n. 774 del sindaco di Firenze in tema di lavavetri e quella del sindaco di Azzano Decimo, sul divieto di indossare in luogo pubblico il *burqa*¹⁹⁸. La questione riguarda l'oggetto di tutela: su quali beni è ammissibile un potere di disciplina locale della sicurezza?¹⁹⁹

Dopo le riforme il sindaco non emana più *“provvedimenti contingibili ed urgenti ... al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini”*, bensì verso quelli che minacciano *“l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”*. L'oggetto di tutela municipale non riguarda la mera incolumità dei cittadini bensì *incolumità pubblica e sicurezza urbana*, che sembrano avere portata concettuale più sfumata. L'ampliamento dei poteri sindacali produce riflessi straordinari sulla nozione di sicurezza: si passa da modelli di sicurezza di tipo statale/collettivo ad altri di tipo

¹⁹⁶ Le pronunce dopo il 2001 confermano la competenza statale in tema di sicurezza pubblica (Corte cost., sent. n. 407/02; Corte cost., sent. n. 3131/03; Corte cost., sent. n. 6/04; Corte cost., sent. n. 162/04; Corte cost., sent. n. 428/04; Corte cost., sent. 95/05). Tuttavia, il giudice delle leggi (Corte cost., sent. n. 134/04; anche Corte cost., sent. 55/01), afferma la necessaria applicazione della leale collaborazione Stato/Regioni in forme di coordinamento statale, regionale e locale in tema di ordine pubblico e sicurezza. In tal modo, la riserva statale viene graduata con una partecipazione decentrata, in un coordinamento di funzioni amministrative tra vari livelli per assicurare l'effettiva sicurezza dei cittadini.

¹⁹⁷ Art. 54 (*Attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale*). Per un commento *ex multis* CAIA, *“Incolumità pubblica” e “sicurezza urbana” nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in *www.giustamm.it* del 28/10/08.

¹⁹⁸ Si tratta di ordinanze *contingibili ed urgenti*. Cfr. *ex multis* RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 133 ss.; ANDRONIO, *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata*, in *www.federalismi.it* del 2007, n. 17.

¹⁹⁹ La questione non è affatto semplice. Il potere di porre un divieto da parte del sindaco sarebbe limitato solo ai casi previsti dall'art. 54 comma 2 del d.lgs. 267/00, come divieto non generalizzato, riconducibile alla necessità di *“eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”* (cfr. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., 138). Riguardo il caso della donna con il *burqa*, il giudice amministrativo – riferendosi all'“uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo” (art. 5 L. 152/75) – ha ritenuto non rientrante tra le competenze sindacali la sicurezza pubblica. In tal senso, TAR Friuli Venezia Giulia, sent. 16 ottobre 2006, n. 645, in *Dir., imm. Citt.*, 2007, 208 ss.

locale/individuale, con una dilatazione verso la dimensione territoriale²⁰⁰. Questo tipo di sicurezza non afferisce ad uno stato di assenza o riduzione di pericoli omogeneo a livello statale, bensì a bisogni di difesa sociale legati alle peculiarità culturali di comunità, gruppi e contesti sociali decentrati.

Il discorso è assai rilevante in questa sede. Nel modello di sicurezza *urbana* o *cittadina* la sicurezza è intesa in dimensione soggettiva di *rassicurazione della pubblica tranquillità*²⁰¹: ulteriore indice, a mio giudizio, per la qualificazione come diritto. L'adozione di tale formula riproduce un'aspettativa di segno individuale perché legata a bisogni soggettivi, in difetto di relazioni con l'ordine pubblico che invece è categoria legata al concetto di tranquillità sociale dello Stato in senso lato²⁰². La prospettiva è ribaltata: non più sicurezza dello Stato ma dei cittadini. La destrutturazione della sicurezza collettiva e la sua gemmazione verso differenti sfumature di tipo locale apre nuovi profili: la sicurezza dei cittadini si avvicina ad aspettative di segno individuale e la delocalizzazione di poteri amministrativi frammenta il contenuto di bene collettivo, allontanandolo da omogeneità centralistiche a vantaggio di specificazioni scaturenti da fattori socio-culturali di origine territoriale²⁰³.

La dilatazione sul portato soggettivo-psicologico di sicurezza urbana ha precise origini storiche: vi è concordia nel legare l'incremento dell'insicurezza alla generale crisi negli ultimi decenni del *Welfare State*²⁰⁴. La precarizzazione dell'ordine economico-sociale ha prodotto nel contesto globale crescita di marginalità sociale e contrazione della sicurezza sociale che ha aumentato a livello locale il senso di insicurezza. In questo modo, i fenomeni di progressivo rafforzamento dei poteri esecutivi a livello locale e di emersione della prevenzione amministrativa²⁰⁵ – che per l'incidenza sui diritti fondamentali e la *ratio* di tutela non vanno letti separatamente dal contrasto extrapenale al crimine – trae origine dal paradigma della sicurezza come bene afferente

²⁰⁰ Il decreto di adozione del Ministro dell'Interno del 5 agosto 2008 in attuazione dell'art. 6 comma 4 *bis* specifica la nozione: "a) situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi; b) danneggiamento al patrimonio pubblico e privato; c) incuria, degrado e occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni di cui ai precedenti punti; d) intralcio alla viabilità, alterazione del decoro urbano; e) comportamenti che possano offendere la pubblica decenza per le modalità con cui si manifestano ovvero turbano il libero utilizzo degli spazi pubblici".

²⁰¹ Cfr. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa, il sindaco*, cit., 144.

²⁰² In senso conforme VIGNA, *Sicurezza urbana: una strategia "integrata" per un obiettivo conflesso*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 137 ss.; PAVARINI, *Alcune proposte per un governo della sicurezza*, in *La sicurezza urbana* (a cura di Selmini), Bologna, 2004, 297.

²⁰³ Tale effetto è confermato dalla Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 92/08: sebbene si attui "un bilanciamento fra le prerogative statali in tema di sicurezza pubblica e l'esigenza di valorizzare, anche in tale ambito materiale, il ruolo degli enti locali", tuttavia, il ruolo del sindaco rimane centrale "... atteso che la qualità di amministratore locale gli permette di sapere quali problematiche del suo territorio ridondino per la sicurezza".

²⁰⁴ CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti sul sicuritarismo e politiche del diritto*, cit., 1099; PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, intervento al Convegno "Sicurezza e diritto penale", Modena, 20-21 marzo 2009, 19 ss. del manoscritto. Per approfondimenti GARLAND, *Punishment and Welfare: a history of penal strategies*, Gover, 1985.

²⁰⁵ CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, cit., 1107-1109.

a dimensioni emotive. I cittadini nelle comunità locali percepiscono una riduzione del senso di sicurezza che giustifica pretese di tutela differenziate: un proprio diritto che ne presuppone altri coessenziali, come la libertà o la vita stessa²⁰⁶.

Anche nel settore dei diritti dello straniero e delle espulsioni è centrale, anche se non espressa, la sicurezza urbana. Anche qui, dalla crisi dello stato sociale e dall'aumento di insicurezza collettiva discende lo scivolamento verso un rafforzamento dell'esecutivo nella gestione della criminalità. Mentre a livello locale si attribuiscono nuovi poteri ai sindaci, a livello nazionale i flussi migratori ed i pericoli del terrorismo convogliano in forme di tutela orientate ad una neutralizzazione amministrativa della pericolosità. Non è casuale che il trapasso dalla tutela penale agli strumenti amministrativi segni come "laboratorio sperimentale" proprio il settore dell'immigrazione irregolare, dei diritti dello straniero e del terrorismo²⁰⁷. Nel bisogno di sicurezza cresce la necessità di velocità nell'intervento preventivo, per innocuizzare paure e sterilizzare fattori di rischio. L'incremento di un bisogno di prevenzione sempre più *veloce* ed *anticipata* riduce il bisogno di garanzie, che al contrario servono ad accertare la presenza di *fatti di reato*, anziché di pericolosità presunte. Le garanzie sono parte di un mondo poco compatibile con l'*ante-delictum*, in quanto presuppongono la rilevanza di lesioni o pericoli misurabili almeno secondo i parametri del delitto tentato²⁰⁸. L'estraneità delle garanzie a questo sistema si riflette nell'emarginazione del controllo giurisdizionale penale: il ruolo di vertice di *giudice della sicurezza* è affidato nelle espulsioni dello straniero al giudice di pace.

Se, pertanto, il sistema è coerente con gli scopi che persegue, non si può trascurare la centralità del bene investito. La libertà personale non è un bene di rango secondario: essa è pietra angolare dell'intero sistema costituzionale ed attorno ad essa ruotano tutti i bilanciamenti, in quanto in varia misura essa è sempre presente nella ponderazione tra valori confliggenti.

Tutti questi elementi sono indizi precisi della necessità di cambiare l'inquadramento del bene sicurezza, al fine di rendere più accettabili le tecniche di tutela.

²⁰⁶ Da ciò derivano i recenti fenomeni di *privatizzazione* della sicurezza in senso anti-statuale (es., le associazioni di volontari per la sicurezza di cui al d.l. 11/2009). Cfr. PAVARINI, *Degrado, paura*, cit., 30.

²⁰⁷ La percezione di insicurezza ed inadeguatezza della risposta penale si alimenta della paura per gli stranieri derivante da flussi migratori incontrollati e dei pericoli di scontri culturali e religiosi a cui mira il terrorismo. Il ruolo del diritto penale muta e la risposta sanzionatoria scivola in tali settori dalla relazione con un fatto all'appartenenza del soggetto a categorie pericolose. Cfr. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, cit., 1103.

²⁰⁸ In questo caso, emerge la categoria del *rischio*: il rischio è difficilmente misurabile a livello epistemologico, dal momento che esso si può situare prima del sorgere di situazioni concretamente pericolose. Cfr. DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante*, cit., 11. In realtà, da altro punto di vista l'ambito di tutela del *rischio* potrebbe essere terreno di *espansione* anziché di riduzione degli spazi di diritto penale e, dunque, delle relative garanzie. Per approfondimenti sulla portata espansiva del diritto penale del rischio PRITWITZ, *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendencias atuais em direito penal e politica criminal*, in *Revista Brasileira de Ciencias Criminais* 2004, 31 ss.

La sicurezza può essere intesa in duplice dimensione: sicurezza *liberale*, come limiti alle intrusioni statuali e difesa dei diritti di libertà di fronte allo Stato (c.d. sicurezza *dallo* Stato); sicurezza *securitaria*, come bisogno di protezione statale dei diritti di libertà dalle aggressioni illecite dei soggetti (c.d. sicurezza *attraverso* lo Stato)²⁰⁹. In questa seconda accezione va posto il dibattito sull'utilità/ammissibilità di un diritto alla sicurezza per dare garanzia ai beni oggetto di tutela. Se, dunque, la prima forma di libertà segna i limiti invalicabili di potestà statale, la seconda rivolge alla potestà statale pretese di interventi attivi: pretese di libertà, da un lato, compiti di tutela attraverso l'azione dell'autorità, dall'altro. In questo senso, la distanza tra sicurezza e diritti fondamentali è meno ampia: la prima ha una valenza primaria rispetto alla salvaguardia liberale degli altri diritti individuali²¹⁰.

La percezione della sicurezza come valore afferente alle fondamenta della società anziché come diritto individuale per tradizione costituisce il portante ideologico della relazione fra tecniche di tutela penale ed extrapenale; una ridefinizione di questi rapporti potrebbe portare ad un ampliamento penale. L'arretramento di tutela penale a condotte preparatorie è certamente più afflittivo e rischioso per il principio di offensività; tuttavia, ciò consente un conveniente incremento delle garanzie. Il tasso variabile delle garanzie penali non può, infatti, mai prescindere dall'ancoramento a fatti tipici e dalla presenza di finalità preventive con profili anche rieducativi.

Il rilievo dei diritti fondamentali presuppone nell'orizzonte penalistico che questi siano oggetto di tutela: è, dunque, possibile una tutela penale della sicurezza? A mio giudizio, la risposta affermativa è condizionata dalla possibilità che la sicurezza rilevi come *interesse strumentale* a raggiungere *interessi finali*: la tutela anticipata, in fondo, serve a realizzare scopi ulteriori di tutela. L'espulsione dello straniero è un'anticipazione di tutela che serve ad evitare la lesione di beni della persona o di beni patrimoniali. In quest'ottica, il problema dell'oggetto di tutela penale sarebbe superabile: di fronte ai rischi della violenza terroristica si potrebbe invertire il *trend* di tutela amministrativa a favore dell'espansione penale sulla costruzione di un *bene giuridico* della sicurezza, come bene strumentale oggetto di intervento anticipato. L'esigenza di tutela anticipata rispetto alla concreta lesione di interessi non è senza rilievo per il fronte preventivo penalistico e l'espansione penale può essere antidoto alle indebite compressioni di libertà in ragione della sicurezza²¹¹.

Un controllo razionale sul bilanciamento può realizzarsi proprio attraverso una sicurezza intesa come diritto fondamentale e, dunque, come oggetto di tutela penale. L'espulsione del sospetto terrorista risponde alla logica di una "polizia preventiva", il cui intervento riguarda una pericolosità presunta *ex ante* rispetto al futuro, anziché un giudizio di prognosi postuma sul fatto commesso. In questo modo il conflitto tra sicurezza e libertà o, se si preferisce, tra sicurezza securitaria e sicurezza liberale, afferma una prevalenza della prima senza forti criteri razionali.

²⁰⁹ PULITANÒ, *Problemi della sicurezza e diritto penale*, cit., 2-4.

²¹⁰ PULITANÒ, *Problemi della sicurezza*, cit., 3.

²¹¹ Per tutti questi aspetti, PULITANÒ, *Problemi della sicurezza*, cit., 6-8.

La tendenza espansiva della tutela penale dei beni giuridici potrebbe diffondersi sulla sicurezza con la costituzionalizzazione come diritto fondamentale perché, intesa come bene individuale, essa produrrebbe una distorsione dall'“egemonia” amministrativa; in una sfera incrociabile di tutele ed in un'esportabilità dei modelli di garanzia penale alle misure di prevenzione. Al contempo, la legittimazione della sicurezza come oggetto di tutela penale e l'apertura a biunivoca funzionalità delle due formule di intervento non escluderebbe la risposta amministrativa: la costruzione combinata del raggio d'azione extrapenale su interessi collettivi e diritti soggettivi non escluderebbe una protezione di tale specie a beni concepiti *ab origine* come situazioni giuridiche di livello individuale²¹².

7. La concorrenza razionale libertà/sicurezza. Conclusioni.

Il secondo vantaggio di una costituzionalizzazione della sicurezza è il venir meno del conflitto libertà/sicurezza. La sicurezza contiene all'interno altri diritti tutelabili in assenza di pericolo (vita, integrità psico-fisica). La tensione con la libertà nasce dal difetto di equiparazione: uno protetto come diritto costituzionale, l'altro come interesse pubblico. Le soluzioni sono la sottrazione dei diritti costituzionali al bilanciamento – con casi tassativi di limitazioni consentite – oppure il bilanciamento allo scopo di prevalenza di obiettivi socio-politici prioritari nel concreto momento storico²¹³. Se non si vuole questa soluzione – che rischia nei contesti di emergenza di non essere la più *ragionevole* – l'alternativa è la proporzionalità razionale: l'obiettivo rilevanza di interessi pubblici non rende in quanto tale accettabile la limitazione della libertà.

Il bilanciamento si regge stabilmente se la tutela di interessi pubblici si impone secondo il modo meno invasivo possibile. Il problema è al fondo: la costruzione della sicurezza come bene collettivo non consente nei contesti di emergenza bilanciamenti proporzionati tra beni ed armonia fra mezzi e scopi di tutela. In un'emergenza terroristica concepire la sicurezza come bene collettivo fa sì che ad orientare le scelte applicative non sia il *balancing approach* bensì urgenti obiettivi politico-sociali. In quel caso non si accerta un bilanciamento e si esce fuori dal sistema di ponderazione a danno di diritti costituzionali. La prevalenza di pubblici interessi in contesti emergenziali non è discutibile perché si propone una nozione di sicurezza come bene delle istituzioni democratiche e conseguentemente i mezzi di tutela sono qualificati come mezzi per la tutela della società.

²¹² L'art. 5 Cedu qualifica la sicurezza come *diritto alla libertà ed alla sicurezza* e per la Corte di Strasburgo i due diritti sono legati in modo inscindibile (cfr. DE SALVIA, art. 5, in *Compendio della CEDU*, Id. (a cura di), Napoli, 2000, p. 52); inoltre, la Carta di Nizza stabilisce che “Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza” (art. 6). Si pensi poi alla Convenzione americana sui diritti dell'uomo (“Everyone has the right to liberty and security of person”) (art. 7(1)) ed agli artt. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* 1985, 55 della Costituzione ungherese e 12(1) della Costituzione del Sud Africa.

²¹³ Cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, in *Yale Law Journal*, 1977, 95 ss.

Sia dal punto di vista concettuale sia sul piano delle tecniche di tutela, sicurezza e libertà appaiono, in definitiva, in competizione *diseguale*: la necessaria preferenza per una comporta svantaggi per l'altra e viceversa²¹⁴. La percezione collettiva di una situazione di emergenza, di un attacco terroristico imminente, di un senso collettivo di insicurezza per un precedente attacco, comporta una pressione sproporzionata sulla libertà. In questo caso, il bilanciamento è modellato sull'assioma per cui una riduzione di libertà di un soggetto comporta l'accrescimento della sicurezza di molti²¹⁵. Ciò però non è empiricamente verificabile: in realtà, in questo modo il bilanciamento non esiste, è solo apparente e la libertà ha già perso. Non è allora inevitabile che sicurezza e libertà siano solo limitatamente compatibili²¹⁶: è, infatti, inevitabile la concorrenza ma non la concorrenza diseguale. Bisogna accettare il "rischio" di ponderazione proprio per sanare la concorrenza diseguale ed evitare le derive irrazionali che rendono inaccettabili gli strumenti di tutela. Per fare ciò dobbiamo collocare i due beni in prospettive realmente bilanciabili, accettando il rischio liberale di farli competere fra loro "ad armi pari". In questo senso, un ruolo centrale è occupato dal principio di proporzione, che costituisce l'unico concreto rimedio all'arbitrio nella competizione libertà/sicurezza. Non è, dunque, vero che esso produce sostegno a forme di controllo sociale che prescindono persino dal sospetto o ad una tutela in campi anticipati rispetto al fatto²¹⁷: queste ipotesi di anticipazione esistono già nel nostro ordinamento, se pensiamo all'espulsione preventiva di polizia. La proporzione è invece barriera irrinunciabile di garanzia, in quanto indica i limiti delle restrizioni proprio nei casi di anticipazione della tutela.

Con la riconduzione della sicurezza al livello costituzionale la comparabilità fra diritti di rango eguale esprimerebbe in senso effettivo la proporzione e necessità delle limitazioni e produrrebbe una concorrenza eguale. La sicurezza è concepibile come diritto del singolo ai fini dell'esercizio dei diritti di libertà, avendo con essi relazione per il divieto per lo Stato di intrusioni inammissibili²¹⁸. Quale mezzo indiretto per tutelare altri diritti, essa sarebbe comparabile egualmente non con la vita (diritto assoluto) ma certamente con la libertà; le invasioni statuali dovrebbero allora rispettare il ragionevole bilanciamento anche nei contesti di emergenza, in cui la sicurezza, come bene collettivo, tende a prevalere senza effettiva proporzione²¹⁹. La risposta al dilemma libertà/sicurezza non proverrebbe così da scelte discrezionali ma da bilanciamenti

²¹⁴ PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, intervento al Convegno "Sicurezza e diritto penale", Modena, 20-21 marzo 2009, 4-7 del dattiloscritto.

²¹⁵ COLE – DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution: sacrificing civil liberties in the name of national security*, New York, 2006, 240; CRESPO, *Il "diritto penale del nemico" darf nicht sein*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 49.

²¹⁶ PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, cit., 7.

²¹⁷ NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., 8.

²¹⁸ Cfr. FREDMAN, *The positive right to security*, in *Security and Human Rights* (a cura di Goold – Lazarus), Oxford-Portland, 2007, 308 ss. Tra i doveri dello Stato rientra quello di prevenzione, antecedente alla potestà punitiva, dei diritti fondamentali. Cfr. NUVOLONE, *Relazione introduttiva al IX Congresso di studi "E. De Nicola"*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 16; ZEDNER, *Security liberty in the face of terror: reflections from criminal justice*, in *Journal of Law and Society* 2005, 532.

²¹⁹ SOTTIAUX, *Terrorism and limitations of the rights*, cit., 8.

costituzionalmente orientati e dalle convenzioni in tema di diritti umani; le restrizioni tollerabili sarebbero solo verso diritti non inderogabili ovvero come deroghe ad obblighi espressi. La natura inderogabile di taluni diritti conferma il carattere bilanciabile di tutti gli altri²²⁰, nonché l'impossibilità di un sistema di esercizio senza limiti dei diritti²²¹. Almeno nei sistemi giuridici di area europea aderenti al sistema Cedu è inconcepibile un diritto penale od amministrativo senza rispetto per le garanzie fondamentali²²². Sebbene comprensibili le ragioni dell'insicurezza, non si può prescindere da vincoli di tutela sovranazionale ed internazionale che non creano distinzioni, se non di tipo ragionevole, tra gli individui. Le garanzie del sistema penale restano parte integrante di tali vincoli ed anche il rafforzamento di poteri esecutivi nella lotta al terrorismo richiede il rispetto del bilanciamento.

La prevalenza della sicurezza sugli altri beni non può essere, dunque, la connotazione essenziale di un settore del diritto orientato a sconfiggere *nemici*²²³, in quanto la *sicurezza dallo Stato* e la *sicurezza attraverso lo Stato* sono elementi in continua correlazione. Non esistono scelte assolute ed imponderabili per l'uno o l'altro: la sicurezza dei diritti di libertà diventa in senso lato una sicurezza della *tutela* delle libertà verso aggressioni terroristiche ed intrusioni statuali, in cui solo i criteri di bilanciamento possono stabilire la soluzione che preserva *la vigenza del diritto*.

In conclusione, il bilanciamento ragionevole porta due vantaggi: in generale, risolve la relazione diritto penale/amministrativo su intersezioni *armoniche* di proporzione e necessità. Il connotato di *extrema ratio* di intervento penale evita, in particolare, la sovrapposizione dei campi di tutela e delimita più nitidamente l'ambito delle misure di polizia. In senso specifico, rispetto all'oggetto di tutela la concreta ragionevolezza mantiene saldo il bilanciamento nei contesti di emergenza.

Inoltre, il mutamento di paradigma della sicurezza come bene individuale consente un equilibrio più razionale tra contrasto al terrorismo e libertà fondamentali. La regolazione extrapenale del terrorismo nasce dal contenuto collettivo del bene sicurezza: nella prevenzione *ante-delictum* ciò produce un ruolo ancillare per la soluzione penale, con vantaggi di immediatezza ma inconvenienti per le garanzie. L'operatività penale in questa materia tende, infatti, ad arrestarsi dinanzi alla tutela extrapenale proprio per la portata collettiva del bene. Con una polarizzazione sul diritto fondamentale alla sicurezza invece si illuminerebbero meglio i limiti di

²²⁰ Cfr. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale*, cit., 116-117.

²²¹ BLECKMANN – BOTHE, *General Report on the theory of limitations on Human Rights*, in *The limitation of Human Rights in comparative constitutional law*, (a cura di A. de Mestral), Cowansville, 1986, 107.

²²² Cfr. in relazione all'espulsione VIGANÒ, *"Pacchetto salvezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 813 ss.; NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Id. (a cura di), Milano, 2006, 153 ss.; GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Diritto, diritti e autonomie. Tra Unione europea e riforme costituzionali. In ricordo di Andrea Paoletti* (a cura di D'Atena – Grossi), Milano, 2003, 173.; SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., 365 ss.; in senso contrario JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., 10-17.

²²³ JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., 10 ss.

intervento penale, proiettando l'orizzonte di bilanciamento sui vincoli costituzionali e sovranazionali nella prospettiva di *impatto dei diritti umani*²²⁴.

²²⁴ CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 2004, 85.