



# Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale

di Laura Lorello \*

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

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

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

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



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

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

La sicurezza può in primo luogo essere considerata come la condizione di esistenza di una comunità politica<sup>2</sup>, l'elemento essenziale perché la dignità umana possa affermarsi e svilupparsi (Cerrina Feroni e Morbidelli 2008, 33)<sup>3</sup>, il «sostrato di fondo immanente alle stesse garanzie costituzionali dei diritti» (Ivi, 33 e 42).

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

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

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

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



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

In questa prospettiva, però, se è vero che la minaccia terroristica può incidere pericolosamente sugli equilibri dello stato democratico, non può non destare preoccupazione l'idea di una sicurezza che non sia mai bilanciabile (*Ibidem*)<sup>5</sup>. Già Gustavo Zagrebelsky<sup>6</sup> aveva ammonito sui rischi dell'esistenza di *valori* nel sistema costituzionale, la cui assolutezza è incompatibile con la natura elastica e compositiva dei principi e la cui

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

Se tutto questo, però, può non bastare per affermare l'esistenza di un diritto soggettivo alla sicurezza, è indubbio che possa apparire sufficiente a legittimare il coinvolgimento dei singoli come *soggetti attivi* nella garanzia della sicurezza. Ne è indice la *mansuetudine* con cui siamo disposti a sopportare i controlli, ad esempio negli aeroporti o per accedere agli uffici pubblici o a stadi o teatri<sup>11</sup>, controlli che limitano i diritti della persona, ma che appagano, almeno in parte, il nostro profondo senso di insicurezza. Allo stesso modo può dirsi di forme di "mobilitazione civile", recentemente prospettate in Germania, come l'obbligo per i cittadini di fornire ospitalità o carburante ai militari in caso di emergenza<sup>12</sup>, o dell'esigenza, evidenziata in Francia, che i cittadini si facciano attenti osservatori delle condotte altrui, laddove queste esprimano forme di radicalizzazione e di potenziale aggressività, denunciando i comportamenti sospetti<sup>13</sup>.

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

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

<sup>11</sup> Ancora Pace (2013, 205) parla di «servitù volontaria».

<sup>12</sup> Germania, via al piano antiterrorismo, in *Il Sole24ore*, 24 agosto 2016.

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



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

3. La minaccia terroristica ha dato luogo a una «guerra senza fine» (Rosenfeld 2008, 145) e all'avvento di quelli che, nell'esperienza recente degli Stati Uniti, sono stati definiti «times of stress» (Ivi, 139-140). In tale contesto, l'identità o l'unità della comunità politica mantengono la loro integrità<sup>14</sup>, ma sono seriamente destabilizzate e soggette a forti pressioni<sup>15</sup>. Ciò sollecita l'intervento dello Stato, che viene chiamato sempre più di frequente ad adottare misure volte a garantire la sicurezza, ma in modo diverso rispetto al passato, perché, come già ricordato, la minaccia terroristica possiede una morfologia differente dalla guerra tradizionale, presentandosi come continua e priva di una collocazione territoriale definita (De Vergottini 2004, 1186-1187). Ciò ha prodotto uno spostamento della preferenza dello Stato dagli strumenti di semplice contrasto, consolidati nel passato, agli strumenti di prevenzione, sganciati dal verificarsi di un attentato o di un attacco specifico (*Ibidem*)<sup>16</sup>. Questo processo sembra anche facilitato dalla connotazione internazionale del terrorismo,

<sup>14</sup> Non vengono «disintegrate» (Ivi, 140).

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

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



dalla configurazione, cioè, dei terroristi come stranieri, estranei, “altri” da noi<sup>17</sup>, che giustifica sul piano giuridico, ma anche psicologico, misure di prevenzione, oltre che di repressione, fortemente riduttive dei diritti della persona (Bin 2006, 3-4; Pili 2008).

Ma porre la sicurezza al centro delle funzioni dello stato, come ci ricorda Erhard Denninger (2005, 54), è operazione alquanto rischiosa, poiché, specie in un contesto di terrorismo, il bisogno di sicurezza non può mai essere completamente soddisfatto e lo Stato può essere indotto ad adottare misure che comprimono in modo sempre più incisivo le libertà fondamentali<sup>18</sup>.

Un esempio può farsi riguardo alla tutela della riservatezza e alla protezione dei dati personali, per i quali si è assistito negli ordinamenti nazionali a una crescita di provvedimenti che introducono consistenti limitazioni (De Vergottini 2007), tra i quali può ricordarsi la recente proposta della U.S. Customs and Border Patrol, l'autorità americana incaricata della sicurezza dei confini, di inserire, nel foglio da compilare per chi entra nel territorio degli Stati Uniti (richiedendo il visto di permanenza temporaneo di 90 giorni, il Visa Waiver), la richiesta di informazioni relative al proprio profilo Facebook e Twitter, allo scopo di controllare la presenza e le attività on line dei singoli. L'obiettivo è di fornire elementi per rafforzare l'attività investigativa e di prevenzione da attacchi terroristici<sup>19</sup>. Lo stesso potrebbe dirsi, sul piano degli interventi giuri-

<sup>17</sup> «Alieni», come dice Bin (2006, 3).

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

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



sprudenziali, per la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, n. 26889 dell'1/7/2016, che ha ritenuto utilizzabili come prova le intercettazioni acquisite mediante il c.d. *troian horse*, un virus autoinstallante, attivato su pc, smartphone, tablet, che è in grado di captare ogni forma di comunicazione (Whatsapp, Instagram, Skype, Telegram, Facebook, nonché sms e e-mail), e anche di videoregistrare il “bersaglio”, in caso di indagini per la repressione e la prevenzione dei reati di criminalità organizzata, ai quali si riconducono anche la mafia e il terrorismo<sup>20</sup>.

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

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





dopo una lunga gestazione<sup>21</sup>, è stato approvato nel 2016 il c.d. pacchetto protezione dati, formato da un regolamento generale sulla protezione dei dati<sup>22</sup> e dalla Direttiva sulla protezione dei dati nelle attività giudiziarie e di polizia<sup>23</sup>.

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

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

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

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



lare i diritti fondamentali e gli interessi» del soggetto coinvolto (art. 9.2 g). In termini più generali, poi, l'art. 23.1 prevede la possibilità che il diritto dell'Ue o le legislazioni nazionali limitino i diritti e gli obblighi previsti dal Regolamento<sup>24</sup>, nel caso in cui occorra salvaguardare, nel rispetto della «essenza dei diritti e delle libertà fondamentali» e con misure «necessari(e) e proporzionat(e) in una società democratica», la *sicurezza nazionale*, la difesa, la sicurezza pubblica, la prevenzione, l'accertamento e il perseguimento dei reati o l'esecuzione di sanzioni penali, *inclusa la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica*<sup>25</sup>.

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

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

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



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

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



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

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

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

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

Egli ne informa la nazione con un messaggio.



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

Il Parlamento si riunisce di pieno diritto.

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

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

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

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



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

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

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



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

Nel secondo caso diversamente, cioè in carenza di disposizioni specifiche in costituzione per gli stati di emergenza<sup>29</sup>, gli ordinamenti adottano misure “eccezionali” e straordinarie, in sintonia con l’imprevedibilità delle situazioni che li producono e che devono essere specifiche ed appropriate alle stesse, a salvaguardia del sistema costituzionale nel suo insieme.

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

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

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

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



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

5. La ricerca di una adeguata strategia di difesa dal terrorismo da, dunque, forma a misure di repressione, ma più di frequente di prevenzione, con interventi fortemente limitativi dei diritti fondamentali, di carattere prolungato o permanente, adottate facendo ricorso alle fonti ordinarie di produzione del diritto<sup>32</sup>.

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

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

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





### 5.1. Viene qui in luce una prima considerazione.

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

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

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



ritti fondamentali: a nessuna delle due esigenze può essere però data priorità assoluta, perché ciò comporterebbe il sacrificio dell'una o quello degli altri<sup>34</sup>. Il rischio è che, per proteggersi, un sistema democratico giunga a mettere in discussione quegli stessi principi su cui si fonda. È questa la vera, letale minaccia del terrorismo: indurre gli stati ad oltrepassare i limiti costituzionali che in tempi ordinari sarebbero “invalicabili”, negando così la sua stessa esistenza (Bin 2006, 6-8; Barak 2002, 3392-3393)<sup>35</sup>.

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

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

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

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



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

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

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

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



britannica<sup>38</sup>, che attribuiva al Ministro dell'interno il potere di disporre la carcerazione in modo indefinito e senza un processo (in presenza di impedimenti legali per il provvedimento di espulsione) per stranieri sospettati di connivenza con organizzazioni terroristiche. In particolare, i giudici hanno escluso che le condotte dei gruppi terroristici, per quanto degne di allarme, siano in grado di costituire una minaccia per la vita della Nazione e possano giustificare una compressione così consistente dei diritti fondamentali, per di più operata solo nei confronti di stranieri e quindi «irrazionale e discriminatoria» (Bin 2006, 5-6)<sup>39</sup>. Significativa è la posizione di Lord Hoffmann, che ammonisce su quale sia la reale minaccia per la vita e la sicurezza della nazione: non il terrorismo, ma le leggi antiterrorismo che violano i principi e i diritti su cui l'identità della nazione si fonda<sup>40</sup>.

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

<sup>38</sup> C.d. Section 23 dell'Antiterrorism Crime and Security Act del 2001.

<sup>39</sup> A commento della sentenza si veda C. Bassu (2005 e 2008).

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



censurata si pone in contrasto con il diritto alla vita dei passeggeri e dell'equipaggio dell'aereo dirottato, le cui esistenze diventerebbero oggetto della volontà tanto dei terroristi, quanto dello stato, e che verrebbero così privati del fondamentale diritto di decidere sulle stesse (Bin 2006, 6-7; Arnold 2008)<sup>41</sup>. Peraltro la scelta di sacrificare la loro vita non verrebbe assunta in presenza di un pericolo certo, ma solo in previsione di un pericolo, in una fase in cui, pertanto, sussistono numerosi elementi di incertezza circa l'effettiva realtà dei fatti<sup>42</sup>.

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

In tempi più recenti, un'altra corte è intervenuta a tutela dei diritti fondamentali, nell'attuale delicato contesto francese. Si fa riferimento alla decisione assunta dal Consiglio di Stato il 26 agosto 2016<sup>43</sup>, con cui è stata sospesa l'esecuzione del provvedimento del sindaco del comune di Villeneuve-Loubet, che vietava l'uso del c.d. burkini nelle spiagge pubbliche, in quanto non rispettoso del principio di laicità dello stato e delle

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

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

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



regole di igiene e di sicurezza dei bagnanti (cons. 2)<sup>44</sup>. Secondo i giudici amministrativi, l'esigenza di assicurare l'ordine pubblico attribuisce al sindaco il potere di adottare gli atti necessari, ma nel rispetto delle libertà garantite dalla legge (cons. 5), e richiede che le misure introdotte siano adatte, necessarie e proporzionate, in relazione alle particolari situazioni di tempo e di luogo (cons. 5). Tuttavia, nel caso esaminato, l'abbigliamento tenuto da alcuni bagnanti non minacciava in alcun modo l'ordine pubblico e la sua inibizione appare fondata, diversamente, sulla "emozione e le inquietudini" suscitate dagli attentati terroristici, di per sé non sufficienti a giustificarla (Cons. 6). Il divieto del burkini, in sostanza, per il Consiglio di Stato, costituisce un "attentato grave e manifestamente illegale alle libertà fondamentali", come la libertà di movimento, la libertà di coscienza e la libertà personale<sup>45</sup>. Ancora una volta, dunque, viene in gioco la protezione della sicurezza, qui non compromessa né minacciata realmente, ed emerge quanto facile possa essere imporre restrizioni eccessive alle libertà fondamentali, in nome della paura e del senso di insicurezza, finendo così con il negare la sostanza di un ordinamento democratico (Bin 2006, 7-8).

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

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

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



e proteggendone i caratteri, proprio come accade per la rete elastica di cui parla Roberto Bin (2006, 10), che viene deformata, ma non sfondata da un sasso lanciato contro di essa<sup>46</sup>.

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

Si tratta delle previsioni contenute in documenti internazionali, che possono incidere sui modi e sui contenuti delle scelte degli stati in situazioni di emergenza<sup>47</sup>. Il riferimento è qui all'art. 15 Cedu (Cataldi 2001, 427; Cataldi 2006, 752 ss; Zagato 2006). Come è noto, questa disposizione, al pari di altre come l'art. 4 del Patto internazionale sui Diritti civili e politici del 1966<sup>48</sup> e come l'art. 27 della Convenzione americana dei diritti

<sup>46</sup> L'autore configura le leggi emergenziali come uno «shock per l'ordinamento giuridico, come un sasso lanciato in una rete elastica, lo deformano, ma non lo sfondano. La rete tende ad assorbire il colpo e a riprendere la forma originale».

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

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



umani del 1969<sup>49</sup>, è stata configurata come la via per procedimentalizzare la definizione e la gestione dello stato di emergenza interno, legittimando la possibilità per gli stati che aderiscono alla Cedu di sospendere l'applicazione di alcuni diritti umani previsti dalla Convenzione.

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

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

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

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

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

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





e a condizione che le misure adottate non contrastino con altri obblighi di diritto internazionale (art. 15.1 Cedu). Il testo condensa in poche parole tutte le condizioni per il ricorso alla clausola di eccezione: stato di guerra, come conflitto internazionale dichiarato o meno (anche se negato da una delle parti) (Cataldi 2001, 428-429; Zagato 2006, 140), o stato di guerra civile, ovvero sussistenza di «altro pericolo pubblico», che deve però essere tale da minacciare la vita della nazione. Viene qui in luce la natura necessariamente grave ed eccezionale del pericolo, ma anche il suo carattere imminente e concreto, se non già attuale<sup>50</sup>, nonché la sua estensione all'intera popolazione dello stato<sup>51</sup>. In questo contesto, nel quale risultano insufficienti le forme di *compressione* dei diritti consentite da alcuni articoli della Cedu ad esempio dall'art. 8 e dall'art. 11, possono adottarsi misure di *sospensione*, che, configurandosi come una *extrema ratio*, devono avere il requisito della temporaneità (Cataldi 2001, 431).

L'art. 15, poi, con l'espressione «nella stretta misura in cui la situazione lo richiede» traccia i confini della deroga: i provvedimenti dello stato devono essere proporzionati alla gravità della situazione<sup>52</sup>, e perciò assolutamente necessari e non sostituibili con altri di minor impatto, e, di nuovo, devono avere carattere provvisorio e temporaneo, così come

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

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

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



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

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

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



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

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

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



dell'efficacia. Intanto, per lo scarso uso che se ne è fatto in relazione alla lotta al terrorismo internazionale: vi ha fatto ricorso solo il Regno Unito nel 2001 e più recentemente la Francia nel 2015<sup>55</sup>; e in secondo luogo, per

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

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



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

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

La tutela dei diritti al tempo del terrorismo va, dunque, inevitabilmente realizzata ricercando un equilibrio con le esigenze della sicurezza, equilibrio che si disegna nel contesto dello stato democratico<sup>57</sup>, nel quale intervengono i limiti posti dalla Costituzione all'azione degli organi politici e il controllo delle Corti sulle scelte da questi compiute. Ed è proprio questa *contestualizzazione* democratica dell'opera di bilanciamento che può dare corpo a forme di restrizione dei diritti che non neghino la loro essenza e, con essa, non neghino quella della stessa democrazia.

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

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

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



## Bibliografia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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





## Abstract

### *Security vs. Freedom in The Days of International Terrorism*

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

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