



G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 360\*.

“**A** chi mai gioverebbe la legge della paura, se il danno procurato fosse maggiore del pericolo dal quale prometteva di difenderci?”.

Con questo interrogativo si chiude il volume di Giovanna De Minico “Costituzione. Emergenza e terrorismo”, un libro che affronta la tematica dell'emergenza terroristica ponendosi a metà strada tra l'esperienza passata e gli scenari futuri.

La quotidiana paura collettiva dettata da un fenomeno terroristico imprevedibile - nel dove, nel come, nel quando e nel chi - è infatti all'origine delle cosiddette “*laws of fear*”, espressione coniata dall'americano Sunstein (C. R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, 2005), basate sul calcolo probabilistico dell'avveramento del rischio. L'attestazione del livello di rischio pone però il legislatore di fronte alla scelta tra la salvaguardia delle libertà individuali e la garanzia della sicurezza collettiva. Il pericolo maggiore cui si va incontro pare pertanto essere quello di una deriva securitaria, ove la regola eccezionale si fa permanente e i principi costituzionali moderni vengono irrimediabilmente soffocati. In buona sostanza, nell'intento di scongiurare una situazione in cui “il decisore politico cede al ricatto della violenza, [...] abdica alla cultura delle libertà e dell'equilibrio dei poteri, soffocando le prime irragionevolmente anche nei confronti di chi non è in odore di terrorismo, e accumulando poteri nelle mani di esecutivi, collocati in zone più o meno franche del riesame giudiziario” (p.3), l'Autrice si propone di individuare gli strumenti utili per governare il fenomeno emergenziale. In particolare, in mancanza - nell'ordinamento italiano - di una speciale disciplina dello stato di emergenza, l'A. fa appello ai tradizionali canoni dello Stato di diritto e al nocciolo duro dei diritti fondamentali, al fine di formulare un paradigma costituzionale per le generazioni future per gestire l'emergenza terroristica.

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

Tale necessità nasce dalla novità insita nel terrorismo di matrice pseudo-islamica la cui azione criminale si articola in “atti violenti indirizzati senza alcuna progettualità verso chiunque si trovi a passare dove l’evento accadrà” (p.10). La vittima prescelta non è più lo Stato, ma la persona comune. Il “Nuovo Terrorismo” si fa pertanto amorfo, diffuso su larga scala e dotato di un network internazionale di tipo orizzontale, come già osservato da Wilkinson (in P. Wilkinson, *Why modern Terrorism? Differentiating Types and Distinguishing Ideological Motivations*, in C.W. Kegley (ed.), *The New Global Terrorism: Causes and Consequences*, 2004). Si delinea così un fenomeno dai contorni labili, dalle proporzioni a-territoriali, temporalmente ricorrente ma non per questo prevedibile, che determina lo stato di emergenza.

Si hanno due idee differenti circa il titolo costitutivo dello stato di emergenza, entrambe illustrate dall’A. – facendo richiamo a numerose autorevoli voci dottrinarie - nel primo capitolo del volume, intitolato “Il regime costituzionale dell’emergenza in Italia”.

Secondo la teoria dualista, il potere emergenziale trae la propria origine dalla necessità, che si assurge a vera e propria fonte del diritto, alternativa alla Costituzione (v. S. Romano, Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoti di Messina e Reggio-Calabria, in *Rivista di Diritto Pubblico e Pubblico Amministrativo in Italia*, 1909). Se quest’ultima rappresenta infatti l’ordine giuridico costituito e minacciato dall’emergenza, la necessità – quale situazione impreveduta esterna all’ordinamento - si pone come fonte *extra ordinem*, legittimante lo Stato ad attivarsi al fine di governare l’evento straordinario, costringendo in tal modo l’ordinamento a evolversi (p.17). Il potere emergenziale di matrice dualista agisce dunque in funzione dinamica, derogando in chiave costituente all’ordine preesistente. La pericolosità insita in tale formulazione è però lampante e può essere ben riassunta dalle parole di Agamben (citato a p.21), secondo cui: “*Quando si affida la democrazia alla protezione assoluta e incontrollata della necessità, ci si allontana progressivamente dalla libertà e dalla divisione dei poteri per avvicinarsi inesorabilmente alla dittatura costituzionale ‘schmittiana’: fase di transizione verso l’instaurarsi di un regime totalitario*” (G. Agamben, *Stato di eccezione*, 2003).

D’altro canto, l’idea monista rinviene la fonte del potere emergenziale in una norma – sia essa esplicita o implicita – intestina all’ordinamento stesso (vedasi P. Barile, *Le libertà in Costituzione. Lezioni*, 1966). Tale concezione mira a conservare l’ordine pregresso in una logica di continuità dell’assetto costituzionale. L’emergenza viene allora percepita come meramente provvisoria ed eccezionale; come un’occasione per riaffermare staticamente i valori identitari propri dell’ordinamento e per “far ritornare le cose al punto iniziale” (p.21). La situazione straordinaria finisce dunque per rafforzare la regola e per conferirle ulteriore validità (come in C. Masi Doria, ‘*Salus populi suprema lex esto*’. *Modelli costituzionali e prassi del Notstandsrecht* nella ‘*res publica*’ romana in *Scritti in onore di M. Scudiero III*, 2008).

L’A. passa poi ad esporre una terza via, rappresentata dalla tesi formulata da Ranalletti (nello specifico, O. Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo*

di diritto amministrativo italiano, 1904) secondo cui – in assenza di una clausola *ad hoc* - il potere emergenziale non può che trovare la sua giustificazione nel diritto-dovere dello Stato all'autodifesa ossia, citando Mortati: “*l'esigenza fondamentale che presiede allo Stato è la conservazione di sé stesso, nonché la soddisfazione dei fini istituzionali i quali lo sorreggono*” (C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1975). La necessità entra qui a far parte dell'ordinamento, in funzione creativa del diritto, ma al contempo il potere emergenziale viene contenuto all'interno del perimetro tracciato dalla Costituzione, in funzione conservativa dell'ordinamento stesso.

La mancanza di una previsione costituzionale espressa dello stato di emergenza non impedisce perciò l'attivazione di poteri inespressi e impliciti che consentono comunque al legislatore di disciplinare la situazione straordinaria.

Ciò su cui si interroga l'A., nel prosieguo del primo capitolo, sono quindi le conseguenze giuridicamente rilevanti sull'ordinamento italiano derivanti “dalla perdurante assenza o dall'introduzione in via di revisione di una statuizione esplicita” (p. 41). Particolare attenzione viene riservata all'incidenza dell'emergenza sulle libertà fondamentali.

Nella situazione straordinaria, infatti, ogni libertà fondamentale può essere oggetto di misure ampiamente repressive, applicate invocando un'interpretazione estensiva del concetto di sicurezza che, in qualità di valore rilevante, ben si presta a contemperare gli opposti interessi costituzionali.

Anche nello stato di emergenza, però, il nocciolo delle libertà essenziali deve continuare ad essere garantito. A ciò vale il richiamo alla riserva di legge, che può essere sì attenuata ma non annullata dalle leggi della paura.

In particolare, l'A. prospetta il caso in cui il Governo – per far fronte alla situazione eccezionale – dovesse arrivare a delegificare l'intera materia dei limiti alle libertà o a delegare ad un regolamento secondario il compito di delineare i suddetti margini. Indipendentemente dal fatto che agisca sulla base di una clausola emergenziale espressa o implicita, l'Esecutivo andrebbe chiaramente ad invertire la gerarchia delle fonti, consentendo al regolamento di operare come una legge e di surrogarsi ad essa. Questi tipi di fonti – pur sostenuti da una disposizione generale di stato di emergenza - si rivelerebbero non di meno illegittimi, proprio poiché contrari ai principi della riserva di legge e della gerarchia delle fonti che sono incomprimibili, poiché essi stessi costituenti il nocciolo duro dei diritti fondamentali e pertanto resistenti anche all'emergenza (p.53).

Per una protezione più completa del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, l'A. rileva poi come alla riserva di legge debba comunemente accompagnarsi la riserva di giurisdizione. Il giudice è difatti il solo autorizzato a rendere operanti le misure limitative delle libertà previste in astratto dalla legge. Lo stato di emergenza potrebbe però indurre ad attenuare la riserva di giurisdizione prevedendo che anche l'autorità amministrativa possa adottare provvedimenti - dotati di efficacia provvisoria - limitativi dei diritti. Si

tratterebbe quindi di favorire la discrezionalità dell'Amministrazione, unica incaricata ad adottare ordinanze urgenti spesso sottratte al controllo del giudice indipendente, alterando l'equilibrio tra i poteri, tra l'esecutivo e il giudiziario. Tale "ridefinizione *in peius*" (p.55) della riserva di giurisdizione sarebbe però nella sola disponibilità di una clausola emergenziale espressa, introdotta in via di revisione costituzionale. L'unica via per poter introdurre tale deroga, partendo da una clausola inespressa, sarebbe infatti quella dell'interpretazione analogica o estensiva della disposizione eccezionale eventualmente già presente in Costituzione, "ma il diritto eccezionale, a maggior ragione se di rango costituzionale, si sottrae a tali strumenti ermeneutici" (p. 55).

Il vantaggio di una esplicita *emergency clause* preferibilmente da introdurre in Costituzione in via di revisione – come proposto da De Minico - sarebbe allora quello di assicurare una maggiore certezza procedimentale alla disciplina dell'emergenza, ad esempio indentificando i soggetti competenti e delineando l'iter da seguire. La stessa disposizione sarebbe poi espressione del potere costituito e dunque in linea con l'architettura costituzionale preesistente, all'interno della quale si va a inquadrare. Essa inoltre garantirebbe un più ampio margine di intervento al legislatore, definendo i limiti sia positivi che negativi.

Nel caso contrario, si avrebbe una mera autorizzazione in bianco che "non costituirebbe di per sé alcuna garanzia per le libertà" (p.57) e che in sede di *judicial review*, potrebbe giustificare un'attenuazione sensibile del sindacato sulle leggi della paura. Significativa in tal senso è l'esperienza francese, trattata nel capitolo quinto del volume.

Il progetto di riforma presentato all'Assemblea Nazionale francese in data 23 dicembre 2015 (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation* n. 3381/2015) prevedeva infatti la costituzionalizzazione della disciplina emergenziale già vigente e contenuta nella legge n.55-385 e successive modifiche. Il testo dell'art. 36-1 proposto dal Governo si articolava in espressioni piuttosto vaghe – come, ad esempio, "pericolo imminente" – e pertanto insitamente pericolose. Anche in punto di poteri e dei relativi limiti, l'Esecutivo francese aveva adottato un atteggiamento volutamente omissivo, facendo venir meno ogni garanzia sul rispetto delle libertà fondamentali e sulla separazione dei poteri istituzionali. Tale inaccettabile indeterminatezza veniva altresì rilevata dal *Conseil d'État* che, nel sollevare la questione prioritaria di costituzionalità nel dicembre 2015, lamentava l'assenza di un legame tra la circostanza determinante la dichiarazione dell'*état d'urgence* e il singolo episodio giustificante le misure repressive. Ad ogni modo, il *Conseil Constitutionnel* si esprimeva (*Decision* n. 2015-527 QPC del 22 dicembre 2015) a favore della legittimità costituzionale della disposizione, facendo ricorso alla cosiddetta "necessità operativa". Secondo questa tesi è sufficiente la presenza di un nesso funzionale tra l'evento terroristico iniziale e la singola misura concreta per poter ammettere delle limitazioni generalizzate ai diritti supportate da ragioni di prevenzione. Gli ermellini francesi, in un atteggiamento di

*self-restraint*, decidevano evidentemente di ridurre il *judicial review* ad un sindacato debole e sommario, atto a censurare le sole disposizioni manifestamente incostituzionali.

La proposta di legge non venne poi approvata ma è innegabile che, in caso contrario, l'effetto sarebbe stato sicuramente pregiudizievole per l'ordinamento francese. L'introduzione dell'art. 36-1 avrebbe difatti permesso al legislatore di derogare facilmente alle libertà e ai principi costituzionali, abbassando drasticamente lo standard di protezione dei diritti. A nulla sarebbe altresì valso lo strumento del riesame giudiziario, in ragione dell'autorizzazione costituzionale, per cui si sarebbe incorsi in "un sindacato di fatto neutralizzato o almeno sensibilmente alleggerito, anche se ancora esistente in punto di diritto" (p. 270). Il caso francese serve pertanto all'A. a dimostrare come la razionalizzazione di un'*emergency clause* non sia una garanzia di per sé del rispetto delle libertà fondamentali. L'introduzione in Costituzione di una disposizione che autorizza una deroga *omnibus* ai principi e libertà cardini dell'ordinamento rischia, al contrario, di produrre l'effetto opposto, sottraendo il legislatore da un *judicial review* sostanziale.

Secondo Giovanna De Minico, dunque, la conservazione dell'ordinamento può essere assicurata solo dalla "resistenza del nocciolo duro dei diritti fondamentali e [da]lla difesa degli elementi fondativi dell'architettura costituzionale" (p.95), prevalenti sulle ragioni securitarie veicolate dalla *law of fear*. Fondamentale si rivela perciò anche il ruolo assunto dal giudice delle leggi – soprattutto in assenza di una clausola espressa – chiamato a censurare quelle leggi dell'emergenza che aggrediscono o violano il nocciolo duro dei diritti fondamentali, al fine di garantire l'effettiva conservazione dell'ordinamento costituzionale, in forza dell'affermazione del diritto statale all'autodifesa e alla stabilità che passa necessariamente per il rispetto dei valori identitari.

Nel capitolo conclusivo dell'opera, l'A. giunge così a chiudere il cerchio, delineando i caratteri ottimali della proposta clausola espressa dello stato di emergenza, atta a conservare l'ordinamento consentendogli di superare indenne il periodo di crisi. Il *fil rouge* che percorre l'intero volume è infatti la ricerca di quegli elementi volti alla formulazione di un'ipotetica *emergency clause*, capace di "tenere armonicamente insieme garanzie della libertà, domanda di sicurezza, continuità e coerenza dell'architettura istituzionale" (p.277), da inserire in Costituzione.

Innanzitutto, a parere dell'A., la decisione sullo stato di emergenza dovrebbe essere consegnata al Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, capace di garantire ampia rappresentatività e piena partecipazione democratica. Il necessario consenso delle minoranze parlamentari, soprattutto in punto di proroga del regime emergenziale, si pone infatti come argine alla possibilità di stabilizzazione ingiustificata dell'emergenza ad opera dell'Esecutivo. Un sempre crescente coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo viene posto a presidio della democraticità dell'ordinamento, impedendo possibili involuzioni autoritarie. In punto di contenuto,

invece, *l'emergency clause* razionalizzata dovrebbe limitarsi alla mera indicazione di un fascio di poteri, puntualmente definibili solo *ex post*, comunque rispettosi del nocciolo duro dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

Il volume di Giovanna De Minico è, di fondo, un ennesimo invito alla difesa della democrazia, oramai “sotto assedio”. Soprattutto nella situazione emergenziale “a Costituzione invariata” (p.300), il rispetto delle regole democratiche appare all’A. più che mai necessario per impedire al potere straordinario di stravolgere l’assetto costituzionale esistente. La stessa suggerisce perciò di valutare le misure di contrasto all’emergenza terroristica in base al criterio della ragionevolezza, in modo tale che le ragioni securitarie non soffochino le libertà fondamentali e non giustifichino la compressione indiscriminata dei diritti. Nel periodo di protratta emergenza, l’A, pertanto, optando per una sorta di “involuzione e ripiegamento interno alla Costituzione”, esorta il legislatore ad aver cura di rafforzare quelle libertà minacciate dal pericolo terroristico poiché baluardi dell’identità dell’ordinamento e garanti della sua sopravvivenza. La proposta è quindi quella di adottare un metodo politico di lotta civile al terrorismo che non può che passare, ovviamente, per la cultura della legalità – fautrice dei valori di democrazia, uguaglianza e libertà – affinché una volta cessata l’emergenza non si presenti un pericolo ancora maggiore, cioè il sacrificio permanente dei diritti e l’abbassamento legalizzato degli standard democratici, lasciando però ancora aperto l’interrogativo sull’esistenza di possibili soluzioni innovative, alternative e inesplorate al problema.

Laura Pelucchini