

COSTITUZIONE ED EMERGENZA\*

GIOVANNA DE MINICO\*\*

**Sommario**

1. Verso un paradigma costituzionale dell'emergenza. – 2. *L'emergency clause*: il profilo soggettivo. – 3. *L'emergency clause*: il profilo oggettivo. – 4. E il cerchio si chiude.

**Suggerimento di citazione**

G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “*La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*”, organizzato dalla rivista Osservatorio sulle fonti, il 18 maggio 2018, presso l'Aula Magna del Rettorato dell'Università degli Studi di Firenze.

\*\* Professore associato di Diritto Costituzionale nell'Università Federico II di Napoli.  
Contatto: [giovanna.deminico@unina.it](mailto:giovanna.deminico@unina.it)

### 1. Verso un paradigma costituzionale dell'emergenza

Il terrorismo di ultima generazione può assumere il volto minaccioso del *foreign fighter*, o quello apparentemente innocuo del vicino dedito alle sue quotidiane occupazioni. Può essere importato da focolai lontani di violenza, o crescere occultato nel deserto sociale di una *banlieue*. Può essere mirato contro i simboli tradizionali del potere costituito, o colpire con feroce occasionalità qualsiasi momento della convivenza civile. È un fenomeno polimorfico e cangiante, difficile da prevenire e reprimere, che lascia nell'animo di tutti la paura e l'attesa del suo ripetersi. Ma la sua reale novità si coglie nella cesura rispetto alla sua originaria fisionomia: inizialmente evento isolato e straordinario, compreso in una parentesi temporale, attualmente fenomeno ricorsivo, oltre il tempo e fuori dello spazio, sostanzialmente certo nell'*an*.

La perdita dell'attributo della straordinarietà mette in discussione il consolidato paradigma costituzionale della eccezionalità e temporaneità della *law of fear*<sup>1</sup>. Definiamo questa categoria regolatoria, come un concetto a ombrello che tiene insieme ipotesi eterogenee accomunate nella finalità di impedire che il pericolo di un evento futuro e incerto si concretizzi in un danno attuale e certo. L'assunto di base è che «there is a potential harm from an activity and if there is uncertainty about the magnitude of impacts or causality, then anticipatory action should be taken to avoid harm»<sup>2</sup>.

E ora vediamo in che termini il “terrorismo del tempo ordinario” abbia ridisegnato il modello di *law of fear*. Il degradare della straordinarietà nell'ordinarietà ha reso per il *lawmaker* più difficile individuare la misura di giusto equilibrio tra il danno alle libertà e il guadagno alla sicurezza. Invero, una compressione irragionevole delle prime non trova più la sua giustificazione accettabile nella temporaneità del sacrificio. Emerge con urgenza una domanda ineludibile: il decisore dell'emergenza deve esibire una *emergency clause* esplicita come titolo legittimante, o potrebbe desumerlo anche dal silenzio del costituente? Riteniamo che la mancanza della clausola espressa, dovuta a comprensibili preoccupazioni, non precluda un'interpretazione sistematica del testo costituzionale, suscettibile di una pluralità di esiti. Tra

<sup>1</sup> La felice espressione si deve all'Autore (C.R. SUNSTEIN) di *Laws of Fear: beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Nella letteratura italiana, per la tesi monista – quella che assume l'emergenza come un potere *in ordine*, la cui legittimità è condizionata all'ordinamento che lo prevede, con finalità conservative rispetto a quest'ultimo – ricordiamo almeno: P. BARILE, E. CHELI, G. MOTZO, O. RANELLETTI E L. PALADIN e, più di recente, altresì V. ANGIOLINI, G. DE VERGOTTINI, G. MARAZZITA E P. PINNA. Per la tesi dualista, che costruisce l'emergenza come fonte originaria, *extra-ordinem*, insofferente ai limiti positivi, capace di finalità eversive rispetto all'ordinamento, si rinvia per tutti al chiaro pensiero di S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl. Amm. in Italia*, Milano, 1909, p. 263.

<sup>2</sup> Così cfr.: D.E. ADELMAN, *Harmonizing Methods of Scientific Inference with the Precautionary Principle: Opportunities and Constraints*, in *Environmental Law Report*, 34, 2004, p. 10133.

questi prediligiamo quello che rinviene la *ratio* della legislazione emergenziale nel dovere implicito, ma cogente, dello Stato all'autodifesa. Così quando l'identità costituzionale di un ordinamento sia messa in pericolo, lo Stato non potrebbe rimanere inerme a guardare, ma dovrà attivarsi per governare l'emergenza e ripristinare la normalità istituzionale temporaneamente alterata.

Affermare che una clausola *ad hoc* sull'emergenza non sia indispensabile non significa però predicarne l'inutilità, anzi la sua presenza in Costituzione sarebbe opportuna per evitare oscillazioni e ambiguità interpretative, considerato che la certezza del diritto è sommamente necessaria dinanzi a una situazione imprevedibile e difficilmente dominabile come il terrorismo. Questa esigenza giustifica una domanda: chi scriverà la clausola e come?

Ovviamente, il problema si pone, non tanto se la clausola entra nella Carta fondamentale nel momento costituente, quanto se introdotta in via di revisione costituzionale. In tale prospettiva può tornare utile la recente esperienza francese<sup>3</sup> diretta a introdurre in Costituzione una clausola *ad hoc*, l'art. 36-1,<sup>4</sup> di cui contestiamo il suo essere la risposta indispensabile all'emergenza terroristica. Ma anche l'utilità di un'*emergency clause* non si può dare per scontata e certa, dipendendo essa da come la clausola sarà scritta. È utile se individua con chiarezza autorità competenti e rispettive procedure. Non lo è se dice poco o nulla a riguardo, consentendo all'ermeneutica di chiudere il vuoto normativo intenzionalmente lasciato aperto dal silenzio.

Allo stesso modo, se la clausola ha come obiettivo la messa in sicurezza dell'ordinamento dalle derive liberticide, sarebbe preferibile se richiamasse il nocciolo duro dei diritti e i principi fondamentali per tracciare il confine invalicabile dei poteri emergenziali, pur consapevoli del valore meramente dichiarativo del rinvio all'identità costituzionale con tutto ciò che ne segue ai fini della sua opponibilità al legislatore emergenziale.

Ricordiamo in breve che la domanda di sicurezza dell'ordinamento non aveva trovato adeguata risposta nella ricordata proposta di revisione francese, perché essa non individuava poteri e relativi limiti, rimettendone la definizione al legislatore ordinario. Siffatta tecnica di scrittura lasciava incompiuta la norma costituzionale che, come tale, era incapace di attendere alla prestazione di garanzia: la legge rinviata avrebbe potuto disegnare qualunque sistema emergenziale, altresì superabile dalle future maggioranze politiche. Inoltre,

<sup>3</sup> Già diffusamente esaminata in un precedente lavoro cui rinviamo per dottrina, lavori dell'Assemblea nazionale ed emeroteca: G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, in part. il cap. V.

<sup>4</sup> Cfr.: Progetto di legge costituzionale presentato dal Primo Ministro Manuel Valls e dal Ministro della giustizia C. Taubira all'Assemblea nazionale: *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, n° 3381 du 23 décembre 2015, Leg. XIV, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>, altresì per le sue successive modifiche.

l'art. 36-1 era disattento al principio di separazione dei poteri: concentrando sul Consiglio dei ministri attribuzioni che sarebbe stato meglio distribuire tra poteri diversi.

Per queste ragioni abbiamo valutato utile la norma di revisione francese più per ciò che non ha detto che per quanto aveva disposto. In breve, il modello francese di una razionalizzazione dell'emergenza solo annunciata in Costituzione, ma da completare nei contenuti da parte della legge ordinaria, è un paradigma che non accorda ai diritti e all'ordinamento rispettivamente protezione e adeguate garanzie di conservazione, dipendendo l'esito da come il legislatore deciderà: se in direzione securitaria o a favore delle libertà, mancando nell'art. 36-1 persino la prescrizione del vincolo funzionale.

In base a quanto osservato si può concludere che l'esempio francese non sarebbe un paradigma da seguire perché la disposizione costituzionale, una norma quasi in bianco sulla competenza, offrirebbe al legislatore una facile patente a derogare a qualunque norma costituzionale, nessuna esclusa, grazie alla legittimazione *omnibus* che di fatto lo sottrarrebbe persino da un severo *judicial review*.

Abbiamo dunque chiarito come non vada scritta un'*emergency clause*. Rimane ora da dire quali elementi la clausola dovrebbe contenere per adempiere alla sua funzione di "non essere più necessaria quanto prima" in modo da consentire all'ordinamento, cessata l'emergenza, di tornare a essere ciò che era prima.

## **2. L'*emergency clause*: il profilo soggettivo**

L'assenza di un'*emergency clause* non consente di dare una risposta certa alla domanda "chi è l'autorità competente a dichiararla". Da qui la necessità di trarre utili elementi dalla nostra architettura costituzionale; quest'ultima indicherebbe nel Parlamento, in ragione della sua derivazione diretta dalla volontà popolare, l'autore primario della decisione sull'emergenza, considerando che dal suo esito dipenderà la misura di deviazione dalla normalità istituzionale: modo di essere dei pubblici poteri e consistenza delle libertà individuali. In sintesi la scelta sul se e come disegnare l'emergenza condiziona la tenuta dei due pilastri del moderno costituzionalismo.

Quanto detto segna la distanza di questa impostazione da quella costruzione Governo-centrica dell'*iter* emergenziale secondo la quale il decreto-legge è per disposto costituzionale legittimato ad alterare temporaneamente il riparto del lavoro normativo tra Parlamento e Governo: questo lo rende l'unico strumento abilitato a dettare la disciplina delle libertà in deroga al regime costituzionalmente previsto, sempre che ricorrano i presupposti dell'art. 77 Cost. L'investitura esclusiva dell'Esecutivo desterebbe qualche preoccupazione per l'assetto democratico se intesa come un'assegnazione riservata, in

ragione del fatto che «nessuna attribuzione di poteri derogatori è invece disposta dalla Costituzione in favore del legislatore ordinario»<sup>5</sup>.

Riteniamo che non si possa invocare l'art. 77 per giustificare il monopolio governativo nella gestione dello stato di crisi istituzionale perché la situazione che giustifica l'inaugurazione dello stato d'emergenza è per oggetto ed effetti incomparabile con quella legittimante il decreto-legge.

Esaminiamo in parallelo le due situazioni straordinarie: il terrorismo non è il mero presupposto della dichiarazione di avvio dell'emergenza, quale è la situazione di straordinarietà e d'urgenza per il decreto-legge; esso è ben di più. È la ragione di fatto e di diritto che abilita temporanee sospensioni all'ordine costituzionale: congela provvisoriamente la disciplina di taluni diritti per fare spazio a regole più severe di quelle contemplate nel Patto fondamentale.

Ad approfondire la questione, l'incidenza dell'emergenza sul rapporto individuo/autorità appare non essere equiparabile a quella emergenza (*ex art. 77 Cost.*) che consente la sostituzione del Governo al Parlamento nel creare diritto oggettivo a livello primario. La prima è una situazione di complessiva alterazione dell'ordinato corso della vita istituzionale, il cui superamento richiede il ricorso a regole alternative a quelle che si applicano in tempi ordinari. Ebbene, in una situazione di sospensione, anche se parziale, degli equilibri istituzionali, il Parlamento non può essere estromesso dalla decisione sul se e come disegnare la disciplina derogatoria in forza della riserva al Governo dell'intera materia.

Anche un ulteriore argomento conduce in questa direzione: l'art. 78 Cost. riconosce all'Assemblea elettiva il ruolo di primo attore politico nel processo diretto alla dichiarazione di guerra. Non si vuole interpretare analogicamente la disposizione richiamata<sup>6</sup>, ma solo ricavarne un indizio di sistema: il Parlamento non può essere emarginato dalla decisione su eventi straordinari potenzialmente idonei a incidere sull'ordine costituzionale. E non sembra dubbio che tale situazione si verifichi quando, per una emergenza, i valori della pacifica convivenza e dello stato di diritto corrono il rischio di essere aggrediti.

D'altra parte, all'attacco terroristico si può rispondere solo con gli strumenti della democrazia. Lo Stato non può ricorrere agli stessi mezzi dei terroristi, ma vi si deve opporre con un metodo che sia antitetico alla violenza, trasparente e il più rappresentativo possibile della molteplicità ideologica. Se

<sup>5</sup> Il riferimento è all'argomentata costruzione di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, pp. 346-349, la citazione è a p. 348.

<sup>6</sup> Lo impedirebbe la diversità di ratio tra la situazione prevista, la guerra, e quella non contemplata, il terrorismo. Così: G. FERRARI, (voce) *Guerra (stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 816 ss.

questa è la premessa, allora anche l'alternativa tra una decisione trasparente e politicamente corale, quella parlamentare, e una meno visibile e ristretta alla maggioranza, quella governativa, si deve risolvere a favore della prima. Non si vuole così negare al decreto-legge la capacità di intervenire al di là di quanto sia «disponibile» alla legge ordinaria, secondo le parole di Esposito<sup>7</sup>, ma neanche sovrastimare l'art. 77 Cost., promuovendolo a dignità di autorizzazione *omnibus*. In sintesi, il Parlamento rimane «l'istanza ultima e decisiva cui spetta di provvedere in via d'eccezione»<sup>8</sup>. Se poi il Governo con il decreto dovesse precedere il Parlamento nel dichiarare l'emergenza e dettare le regole per superarla, sarebbe solo una questione di fatto, dalla quale sarebbe improprio ricavare una regola di preferenza nel diritto o addirittura di esclusività.

Potrebbe una *emergency clause* espressa diversificare il titolare del potere, prevedendo accanto al Parlamento anche il Governo, abilitato a dichiarare l'emergenza con proprio atto esclusivo? Riteniamo di no, per le ragioni espresse a sostegno del fatto che una decisione talmente significativa per l'assetto ordinamentale non possa essere assunta senza il volere del Parlamento.

Del resto, esiste già uno strumento in grado di tenere insieme l'esigenza dell'agire tempestivo con quella del rispetto delle regole democratiche: il decreto-legge. E se dunque la Costituzione già offre questa possibilità, non vi sarebbe altra ragione per creare con la clausola di emergenza una fonte primaria atipica – cioè un decreto solo governativo – se non quella di estromettere il Parlamento.

Cosa diversa dalla imputazione soggettiva originaria e alla pari del Parlamento della titolarità del potere è la possibilità, ovviamente riconosciuta, per il Governo di dichiarare lo stato d'emergenza con decreto-legge<sup>9</sup>. In questa ipotesi il Governo si presenta come il decisore temporaneo dell'emergenza, in grado grazie al decreto-legge di agire con una rapidità comunque maggiore di quella consentita dal procedimento di formazione della legge davanti all'Assemblea elettiva. Ma questa eventualità non va confusa con la contitolarità del potere di aprire lo stato d'emergenza, trattandosi più semplicemente di un esercizio in via sussidiaria di una funzione altrui, giustificato dall'urgenza del provvedere e assoggettato in sede di conversione in legge alla valutazione delle Camere, che potranno eventualmente rovesciare la precedente decisione governativa sulla situazione emergenziale nel caso in cui non

<sup>7</sup> La felice intuizione è di C. ESPOSITO, (voce) *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 835 ss.

<sup>8</sup> In questi termini: P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 203; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, pp. 203-209, ma anche C. FRESA, *Provvisoria con forza di legge e gestione degli Stati in crisi*, Cedam, Padova, 1981, pp. 113 ss.

<sup>9</sup> Per le ragioni a sostegno di questa tesi sia consentito il rinvio al cap. I, paragrafi 4 e 5 di *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, prima citato.

la condividano. L'impiego del decreto-legge non fa che confermare la titolarità esclusiva del potere al Parlamento, compatibile con l'esercizio provvisorio del Governo in qualità di sostituto *pro tempore* del primo, a condizione che ricorrano i presupposti della decretazione d'urgenza.

Avere ricondotto la dichiarazione dello stato di emergenza alla legge o al decreto-legge già soddisfa la richiesta di un'ampia rappresentatività e di una piena partecipazione democratica a sostegno della decisione sullo stato di emergenza, il che ci esime dal considerare l'ipotesi di una dichiarazione affidata a atti non legislativi. Certo, si potrebbe configurare un atto, magari assistito da una particolare solennità come una seduta comune delle Camere, al quale però dovrebbe comunque seguire un atto normativo volto a disciplinare contenuti, modi di esercizio e limiti dei poteri emergenziali. E dunque l'aggiunta di una fase preliminare potrebbe solo rendere il procedimento più complesso e rallentare la produzione delle regole necessarie.

Questa riflessione è confermata dalla riforma Costituzionale Renzi-Boschi<sup>10</sup>, respinta dal voto popolare del 4 dicembre 2016, che intendeva modificare la procedura di approvazione dello stato di guerra in coerenza con la novazione monocamerale del rapporto fiduciario, riservando alla sola Camera dei Deputati la decisione di dichiarare guerra a maggioranza assoluta.

Chiuso l'argomento della titolarità del potere emergenziale, inteso nella sua accezione statica di valutazione dei presupposti necessari ad avviare lo stato d'urgenza, completiamo la clausola indicando l'autorità competente a gestire la situazione di eccezionalità istituzionale, una volta avviata.

Esaminiamo l'ipotesi che assegna al soggetto che ha già deciso l'emergenza anche i poteri gestionali. Se questa soluzione è apprezzabile per tempestività, mantenere separati i due compiti, l'iniziale e quello operativo, giova invece alla democraticità del sistema, anche in considerazione del fatto che in tempo di crisi diventa ancora più necessario il reciproco controllo tra i poteri per evitare che la situazione eccezionale diventi il facile alibi per affermare il governo totalitario della cosa pubblica. E se questa possibilità non si può escludere in nessuna situazione straordinaria, le sue probabilità di realizzazione sono ancora più elevate quando l'ordinamento concentra la coppia dei poteri nello stesso soggetto. La cattiva prova *in itinere* del metodo francese, previsto

<sup>10</sup> Cfr.: Legge costituzionale Renzi-Boschi, si veda la legge costituzionale Renzi-Boschi recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», in *G.U.* 15 aprile 2016, n. 88 (<http://www.altalex.com/documents/news/2016/04/13/riforma-costituzionale-il-testo>); in part. l'art. 17 (Deliberazione dello stato di guerra): «L'art. 78 della Costituzione è sostituito dal seguente: «Art. 78. – La Camera dei deputati delibera a maggioranza assoluta lo stato di guerra e conferisce al Governo i poteri necessari»».

dalla citata *Loi n. 2015-1501 relative à l'état d'urgence*<sup>11</sup>, che realizza una confusa coincidenza di poteri nelle mani del Governo, servirà come parametro negativo ovvero ancora una volta come modello istituzionale da non imitare. Di contro, il rischio di un'involuzione reazionaria dello stato d'emergenza rimane nella fisiologica dinamica delle cose rispetto a uno Stato che è stato cauto nel distinguere le attribuzioni.

### 3. L'*emergency clause*: il profilo oggettivo

Risolve la questione dell'imputazione soggettiva del potere, la clausola dovrà decidere sul profilo oggettivo: quali i poteri emergenziali e quali i limiti al loro esercizio.

Tendenzialmente sono due le opzioni in campo: una copertura integrale che disciplini ogni potere attivabile in situazione di crisi, oppure una previsione minimale che proceda per grandi linee, descrivendo tipologie e classi di poteri.

Riteniamo che i modelli di riferimento si riducano a questi una volta escluso il paradigma "clausola emergenziale (art. 36-1) della riforma costituzionale francese" dal momento che esso si limita ad annunciare lo stato di emergenza per poi rinviare alla legge ordinaria quanto al disegno dei poteri e delle misure limitative delle libertà. Una clausola emergenziale posta in Costituzione che non dice quello che dovrebbe dire è pericolosa in quanto produce il risultato opposto a quello atteso: diventa una legittimazione *ex ante* delle eventuali maggioranze eversive, protette da una benevola impunità costituzionale creata dalla clausola, che scriverebbero a loro piacimento. Si vanificherebbe così l'unico compito della clausola: mettere in sicurezza l'ordinamento.

Torniamo allora ai due paradigmi annunciati.

Il primo prevede una clausola che puntualmente elenca e minuziosamente descrive poteri, contenuti e limiti al loro esercizio. Una tecnica di redazione poco soddisfacente se si tiene presente il contesto in cui andrebbe collocata, il dettato costituzionale, allergico a blindature eccessive che ne attenuerebbero quell'elasticità che si rivela necessaria a seguire l'evoluzione del tempo. L'inefficacia di questa soluzione è ancora più evidente se si considera la natura della materia in esame, l'emergenza, intollerante a regolazioni puntuali e anticipate in ogni loro previsione, che invece sarebbe proprio il risultato che una siffatta clausola vorrebbe realizzare.

È in base al secondo modello che la clausola si limiterebbe a indicare un intero fascio di poteri, e non a enumerarli uno per uno: li disegnerebbe per

<sup>11</sup> La *LOI n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*, in *JORF* n° 0270 du 21 novembre 2015. Per le critiche al testo si rinvia all'ampio corredo bibliografico citato nelle note del capitolo V del già richiamato *Costituzione. Emergenza e terrorismo*.

tipo, quello legislativo e quello esecutivo, riservando all'emergenza la successiva definizione del contenuto dell'atto, come appunto richiesto dalla sua natura di situazione non integralmente schematizzabile *ex ante*.

a) Quanto al potere normativo primario e alla sua imputazione al Governo, rinviando all'esito del ragionamento svolto finora: il Governo non si può avvalere di decreti legge in deroga all'art. 77 Cost. Invero, di questo modello vanno mantenuti fermi la ricorrenza dei presupposti e *a fortiori* il necessario passaggio parlamentare. Diversamente, si creerebbe una fonte di produzione del diritto inutile perché già il decreto risponde con tempestività alla domanda di urgenza; quindi, eliminare il Parlamento dall'*iter* procedurale non aggiungerebbe nulla all'obiettivo dell'immediatezza del decidere. Senza considerare, poi, che saltare l'Assemblea rappresentativa indebolirebbe politicamente l'atto del Governo, che avrebbe assunto decisioni pesanti per la vita istituzionale senza il necessario conforto politico della prima. La ragione ricordata basterebbe da sola a escludere la legittimità di deroghe radicali al modello dell'art. 77 perché il *leitmotiv* dello stato d'emergenza è considerare legittime le sole deviazioni indispensabili, cioè quelle di cui non si può fare a meno per fronteggiare la situazione straordinaria in modo da consentire all'ordinamento il recupero della normalità.

Nel caso in cui questa ragione non fosse sufficiente, un altro motivo osta alla creazione di una nuova fonte primaria del Governo: la difesa del monopolio del Parlamento nella produzione delle leggi. In altri termini, l'impedimento è qui rappresentato dalla necessità di conservare al Parlamento il ruolo che gli è proprio: attore primario nella creazione del diritto, supportato all'occorrenza dal Governo, pronto a intervenire su sua richiesta o quando l'urgenza lo richieda. Un decreto solitariamente governativo rovescerebbe questo rapporto a vantaggio dell'Esecutivo, compromettendo altresì il principio di separazione dei poteri nella sua intima sostanza. Infatti, se tale ipotesi diventasse realtà, la vita istituzionale sarebbe alterata da un moto centripeto filo-governativo che, iniziato con la creazione della fonte atipica – che spoglia di fatto il Parlamento della sua principale attribuzione, sostituendo alle leggi i decreti del Governo – culminerebbe nella dilatazione della funzione esecutiva propria del Governo.

Ora qualunque sia l'interpretazione attenuata che si voglia dare al principio di separazione dei poteri in ragione dell'emergenza, una così vistosa innovazione metterebbe a serio rischio l'esistenza stessa del principio, e non solo la sua ampiezza: ridotto a una formula nominalistica, svuotato di quel necessario contenuto sostanziale, impedirebbe la dinamica democratica che per sua natura si articola nel pluralismo istituzionale.

A diversa conclusione si perverrebbe se la clausola derogasse ai tempi di conversione del decreto, disponendo il protrarsi del termine ordinario oltre i

60 giorni, prestando attenzione a non ricadere nel divieto di reiterazione del decreto. Sul punto tuttavia si rinvia alle riflessioni svolte in precedenza.

b) La funzione giurisdizionale non appartiene all'elencazione delle attribuzioni imputabili eccezionalmente a soggetti diversi dai titolari originari perché essa è un compito che non tollera deroghe nella sua riferibilità soggettiva. Diversamente, verrebbe meno la garanzia dell'autonomia, indipendenza e imparzialità che invece deve assistere la definizione della lite sulle libertà in ogni tempo, tanto in un clima di normalità che in circostanze straordinarie. Infatti, se la clausola disponesse che la riserva di giurisdizione possa essere superata consentendo all'Esecutivo di rendere operativi i limiti previamente posti dalla *law of fear*, questa "amministrativizzazione della giustizia" – per intenderci il modello francese della *Loi n. 2015-1501 relative à l'état d'urgence* – equivarrebbe ad annullare la funzione del giudice di custode delle libertà, e con ciò la sua stessa ragion d'essere.

Altro sarebbe ammettere, in parziale deroga alla riserva, che l'intervento preventivo del giudice da anticipato diventi successivo. In tal caso, ad esempio, non sarebbe necessariamente il giudice a decidere in prima battuta se e come comprimere la libertà di corrispondenza o di circolazione, ma comunque in sede di riesame gli sarebbe riservata la parola ultima e definitiva su quella decisione assunta in via iniziale e provvisoria da un altro potere dello Stato, appunto la pubblica amministrazione. Quindi, qui la riserva sarebbe fatta salva, anche se in una modalità di protezione attenuata per aver postergato l'ingresso del giudice nella *querelle* libertà/sicurezza.

Pertanto, riterremmo che la clausola costituzionale dell'emergenza possa riscrivere *in peius* la garanzia in esame, a condizione di non assottigliarne il nocciolo duro, cosa che farebbe se consentisse il riesame del giudice in un tempo troppo lontano dall'emanazione del provvedimento limitativo. E ciò perché, se un giudice parlasse troppe ore dopo che la libertà personale sia stata sacrificata in nome dell'emergenza – semmai su prove indiziarie, in assenza di contraddittorio e su decisione di un'autorità non imparziale – il suo intervento tardivo non restituirebbe questa libertà a chi ne è stato ingiustamente privato.

Questa avvertenza dà una precisa direzione alla disciplina derogatoria della riserva, modificabile sì per ragioni securitarie in danno alle libertà, ma a condizione di mantenere ferma la capacità di proteggere i diritti dall'arbitrio del potere esecutivo. Quindi, si dovrà trattare di una deviazione dal regime costituzionale compatibile con la funzione garantista della riserva. Allora, visto che le norme costituzionali hanno disegnato le riserve di giurisdizione prevedendo in casi tassativi – precisamente negli artt. 13, 14 e 21 Cost. – l'eccezione della decisione provvisoria assunta dall'autorità amministrativa in luogo del giudice, si potrà accettare che il limite massimo della privazione

della libertà in assenza del consenso giudiziario superi le 48 e 24 ore, senza però essere dilatato per un tempo indefinito, perché in tal caso la deroga avrebbe annullato la riserva, pur mantenendola formalmente.

Esaurito il discorso sui poteri, affrontiamo la questione dei possibili limiti al loro esercizio, rappresentati, come già detto, dal nocciolo duro dei diritti e dai principi fondativi dell'ordinamento. Qui non ripeteremo le riflessioni ampiamente sviluppate in un nostro precedente lavoro quanto alla loro consistenza assiologica, che invece terremo presenti per affrontare la seguente questione: come sottrarre questi valori assoluti alla mediazione transattiva del legislatore emergenziale? È necessario che la clausola vieti espressamente al legislatore di toccare l'endiadi contenuto essenziale delle libertà-principi supremi; oppure, anche in assenza di un divieto espresso, il limite gli sarebbe opponibile?

La risposta si ricava dal fine ultimo perseguito: conservare immutata la struttura portante dell'ordinamento. Questa identità costituzionale è la pretesa dello Stato a continuare a essere sé stesso una volta superata la crisi, ma per conseguire questo risultato, proprio in tempo di emergenza, lo Stato deve pretendere dal potere straordinario il rispetto di questo argine invalicabile, per evitare che il diritto eccezionale faccia *tabula rasa* della sua struttura costituzionale e per vincolarlo a svolgersi in accordo con la cultura della legalità.

Pertanto, come la Corte costituzionale dovrebbe censurare una *law of fear* che aggredisce il nocciolo duro pur in assenza di una clausola costituzionale *ad hoc*, allo stesso modo sarebbe atteso l'annullamento di leggi dell'emergenza violative del contenuto minimo dei diritti fondamentali in forza di una clausola costituzionale priva del divieto. E ciò perché il binomio ha il suo titolo costitutivo, non nella clausola, la cui natura è meramente ricognitiva, bensì nel diritto intangibile dello Stato di essere se stesso e di continuare a esistere in coerenza con la sua dimensione costituzionale indefettibile.

A questo punto della scrittura ipotetica della clausola, sarebbe utile chiedersi se sia sufficiente che la clausola costituzionale rinvii genericamente a questi due fattori limitanti, rimettendone la concreta definizione alla Corte costituzionale; oppure, se la stessa debba anticipare con un discorso precettivo puntuale quanto di regola avviene in un momento successivo, su decisione di altro soggetto e in una diversa sede, il *judicial review*.

Ribadiamo l'insostituibilità del ruolo della Corte<sup>12</sup> nel definire il contenuto minimo dei diritti in aderenza al mutare dei bisogni sociali e al modo di essere del diritto limitante, e pertanto riteniamo coerente con i diversi compiti rispettivamente del legislatore e del giudice supremo che il primo, anche se di

<sup>12</sup> Tema esaminato in *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, pp. 111-132, cui si rinvia per iter logico e letteratura scientifica.

revisione costituzionale, si limiti a un rinvio generico all'*acquis* del secondo. Si consideri peraltro che sul tema si è già espressa la Carta dei diritti, quando nel preambolo ha riconosciuto i diritti già affermati dalla «giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo»; anche se non si ignora la diversità tra un rinvio posto in un preambolo e un analogo meccanismo contenuto nel testo costituzionale, che renderebbe il riferimento al precedente giudiziario un criterio certamente più vincolante di quanto lo sia lo stesso richiamo consegnato in un atto privo di coerenza.

Finora si è detto dei poteri del Governo, ma la clausola dovrebbe toccare anche la posizione del Parlamento. Anche qui si porrebbe una scelta di fondo: elencare solo le attribuzioni straordinarie o riconfermare anche quelle di cui è già titolare *iure proprio* in tempi ordinari? La domanda non è peregrina, visto che ancora si sentono gli echi degli accessi dibattiti svoltisi nell'Assemblea nazionale francese<sup>13</sup>. Siamo consapevoli che in punto di diritto la questione non si porrebbe neanche, perché siccome la clausola è una deroga alla disciplina generale posta a livello costituzionale, in mancanza di eccezione, si applicherà la regola generale. Pertanto, si riterranno superflue norme meramente riproduttive di poteri di cui l'Assemblea è già titolare stante il principio per cui se manca la deroga, vale la disposizione generale; e quindi il Parlamento risulta già investito di quei poteri che gli si vuole attribuire *ex novo*.

Pertanto, si esclude l'utilità di scrivere l'ovvio. In un'ottica di indispensabilità, appare necessario completare la clausola con la previsione in capo al Parlamento, già titolare del potere di dichiarare l'urgenza, anche di quello di prorogarla, nel caso in cui lo stato di necessità si dovesse protrarre oltre il termine inizialmente previsto nella clausola. Quindi, se il Parlamento non fosse stato il responsabile della prima mossa perché di fatto anticipato da un Governo più sollecito di lui nel dichiarare con decreto-legge l'emergenza, non per questo sarebbe estromesso definitivamente dal processo emergenziale, il

<sup>13</sup> In Assemblea Nazionale la discussione ha investito anche i limiti negativi ai poteri emergenziali: vale a dire ciò che il potere non può fare. In proposito, si veda l'intervento dell'on. le S. MAZETIER: «[j]e réitère néanmoins ma question, monsieur le garde des sceaux: n'y a-t-il pas un risque d'a contrario ou un risque d'exclusivité? Ne risque-t-on pas d'exclure d'autres types de contrôle de l'état d'urgence?» in *Assemblée nationale, Compte de la 1<sup>re</sup> séance du 8 février 2016*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160124.asp#P721204>. Giova ribadire che, a nostro avviso, l'art. 36-1, come delega in bianco di poteri al Governo, non conteneva limiti di nessun tipo ai poteri conformativi sulle libertà, neppure meramente negativi. L'on. le M.S. CORONADO rilevava questo vizio della formulazione: «[i]l nous dit, avec le Gouvernement, qu'il s'agit de constitutionnaliser pour mieux encadrer. Je comprends cette volonté. Mais j'ai beau lire le texte très attentivement, je n'y vois aucune mesure d'encadrement», in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160124.asp#P721204>.

quale non si esaurisce in un unico atto, essendo invece una sequenza di atti e fatti tendenti al recupero della normalità. In sintesi, quando il Parlamento sarà chiamato a scegliere se differire o meno la durata dello stato di crisi, potrà ancora una volta ritornare sulla decisione governativa di mantenere in vita la situazione straordinaria e decidere liberamente se farla propria o contestarla, negando la proroga.

E siccome il potere di proroga si può considerare un prolungamento di quello iniziale dichiarativo dell'emergenza, per ragioni di simmetria istituzionale andrebbe riconosciuto il suo esercizio, non la sua titolarità, anche al Governo che, con gli strumenti di cui dispone e alle condizioni prima dette, potrà decidere la proroga. In ogni caso, la legge di conversione del decreto-legge di proroga si dovrà attenere al modello speciale eventualmente previsto nella clausola emergenziale per la legge di proroga del Parlamento.

Bene si colloca nella nostra riflessione sulla scrittura di una *emergency clause* un richiamo al pensiero di Ackerman<sup>14</sup>. Lo studioso considera una regola di maggioranze crescenti al progressivo rinnovarsi nel tempo dello stato d'emergenza come una garanzia contro gli abusi del potere emergenziale. Così, il consenso necessario delle minoranze intorno alla proposta di proroga risulta giustificato dalla posta in gioco. Diversamente da come appare, l'oggetto di questa garanzia è evitare la trasformazione dello stato di diritto in un «état de droit de nécessité»<sup>15</sup>, dove la temporaneità delle eccezioni alla legalità ordinaria tende a scivolare col trascorrere del tempo nella definitività della legalità straordinaria e quindi a introdurre, in luogo dell'ordine politico e giuridico preesistente, un'inedita normalità atipica.

Quindi, se l'obiettivo dell'Esecutivo è stabilizzare l'emergenza, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione “normalizzare lo stato d'eccezione”, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – esso richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampi di quelle sufficienti a sostenere un Governo.

Lo studioso espone le esigenze di fondo a sostegno di questa raffinata costruzione giuridica. L'Esecutivo, soggetto politico favorito dall'emergenza come destinatario di poteri innominati necessari a gestirla, è incline a conservare il più a lungo possibile questa situazione di “grazia istituzionale”.

<sup>14</sup> B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, (trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008), pp. 116-121.

<sup>15</sup> Così: S. PIERRE-CAPS, *Constitutionnaliser l'état d'urgence?*, in *Civ. Eur.*, 31, 2016, p. 153. Quanto alle conseguenze in termini di sistema di questo trasfigurare della minaccia da temporanea a permanente, si rinvia alle ragionevoli riflessioni di: D. DYZENHAUS, *L'état d'exception*, in M. TROPER-D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tomo II, *Distribution des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 751-752.

Se consideriamo la situazione da un altro punto di vista, si potrebbe ritenere che il dibattito pubblico, la votazione alla Camera e al Senato, l'uscire dal segreto delle stanze del potere possano o rafforzare la convinzione di mantenere in vita il regime eccezionale o mascherare il tentativo di affermare uno stato di polizia. L'alternativa si scioglie nel dibattito assembleare e nel maggiore coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo: un esito conservativo o eliminativo della situazione eccezionale che solo le maggioranze crescenti potranno garantire<sup>16</sup>.

All'esigenza di evitare l'asservimento dei poteri straordinari a scopi eversivi si accompagna un ulteriore bisogno: le libertà retrocedono forzatamente dinanzi all'imperativo emergenziale, senza neppure la prova di un'effettiva aggressione alla sicurezza. Allora se questa inversione del rapporto libertà-sicurezza tende a stabilizzarsi nel tempo, è più che opportuno riservare alle minoranze, soggetto unitario almeno nella difesa politica delle libertà, la parola ultima sul conservare questa relazione a termini invertiti, o invece ripristinarla nella sua corretta fisiologia. Anche in merito a quest'esigenza, la scala mobile che Ackerman valorizza si propone come uno strumento che esprime una presunzione di principio a favore delle libertà.

Non va però nascosto il punto debole della teoria dello studioso: la sua impostazione unilaterale. Il veto delle opposizioni rappresenta il vero presidio per la democrazia che merita di essere protetta, cioè posta al riparo da presumibili tentativi egemonici e da mire totalitarie, specialmente in tempi di crisi. E in questa illimitata fiducia nella funzione garantista del veto, Ackerman dimentica che le opposizioni si potrebbero avvalere di questo strumento al solo fine di disturbare l'azione di governo, cioè per meri scopi emulativi, avversariali all'Esecutivo. Diverrebbe un rimedio estremo: potrebbe servire persino a costringere il Governo alle dimissioni, o comunque a una trattativa in vista di obiettivi politicamente utili per l'opposizione.

Con ciò non si vuole dire che il «sistema della scala mobile» debba rimanere fuori dalla ipotetica clausola emergenziale introdotta in via di revisione costituzionale, ma che non andrebbe enfatizzata la sua funzione protettiva dalle proroghe abusive in quanto, diventato un elemento eccezionale della dinamica antagonista tra maggioranza e opposizione, risponderà alla logica politica del gioco delle parti. Quindi, la minoranza userà il veto o comunque minaccerà di farlo a prescindere dal venir meno del fatto emergenziale e lo finalizzerà a un risultato politico e quindi non necessariamente al ritorno alla normalità; con ciò il veto perderà i suoi attributi di prestazione neutrale posta a difesa della legalità istituzionale.

<sup>16</sup> Spiega bene questa esigenza B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, cit., p. 117.

Chiediamoci infine in che modo inserire la clausola emergenziale nell'ordinamento. Se l'obiettivo è conferirle forza costituzionale, sarà obbligatorio il ricorso alla procedura di cui all'art. 138 Cost., che non ammette percorsi alternativi neanche dinanzi alle ragioni dell'urgenza. Quindi, nell'imminenza del fatto emergenziale, l'art. 138 si riconferma come la modalità unica ed esclusiva di revisione costituzionale, in quanto proprio la disciplina della procedura di revisione appartiene al minimo costituzionale inderogabile dal potere emergenziale.

Quindi, l'emergenza può sospendere alcune norme costituzionali, e nel discorso svolto fin qui si è visto quali, ma non quelle cui è affidato il compito di assicurare la stabilità del nostro sistema giuridico<sup>17</sup>. Quest'ultimo si caratterizza anche per la sua rigidità costituzionale che comporta di mantenere integro il doppio presidio rappresentato dal sindacato di legittimità della Corte e da un processo di revisione aggravato, cioè diverso da quello legislativo ordinario. Come abbiamo affermato che in tempo di crisi si fa più stringente il bisogno di un severo *judicial review* della Corte sulle leggi della paura per ricondurle al rispetto dei limiti negativi e positivi cui devono obbedienza; allo stesso modo le esigenze garantiste sottostanti il processo di revisione non possono subire flessioni e mostrano tutta la loro capacità di resistenza anche agli assalti dell'emergenza.

Sia chiaro però che unitamente al contenuto prescrittivo della clausola, cioè alle condizioni minime e necessarie che assicurano l'obbedienza dello stato di emergenza ai canoni dello stato di diritto<sup>18</sup>, l'esito verso il bene comune dipenderà anche dalla capacità di tenuta del sistema politico-istituzionale, capace di flettersi temporaneamente a causa delle deroghe, ma al tempo stesso pronto a ritornare al suo stato originario una volta cessata l'emergenza. Insomma, qui sarà necessario che il dato normativo – contenuto prescrittivo della clausola in direzione conservativa – e le condizioni politico-istituzionali del sistema collaborino al fine di consentire all'ordinamento, una volta chiusa la parentesi emergenziale, di ritrovare la sua forma iniziale.

#### **4. E il cerchio si chiude**

In attesa che il legislatore di revisione scriva l'*emergency clause*, esistono già nell'ordinamento dei rimedi che gli permettano di conservarsi?

La puntuale individuazione dei mezzi con cui un ordinamento giuridico assediato dal terrorismo difende la sua sopravvivenza è un'operazione preli-

<sup>17</sup> P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 197 ss.

<sup>18</sup> F. DONATI, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2005, p. 29.

minare alla loro applicazione e corretta messa in opera; va quindi esaminata per prima.

Lo Stato di diritto non può rispondere agli attacchi di un terrorismo endemico, pulviscolare e ricorsivo con le stesse armi usate dallo Stato della paura. Il problema di ogni democrazia è appunto una questione di mezzi: essa dispone di azioni difensive e preventive più limitate in quantità e qualità di quelle dell'“ordinamento” dell'illegalità. Se lo Stato rispondesse a un eccidio torturando i terroristi catturati in quanto potrebbero fornirgli utili notizie per evitare successivi attacchi, si sarebbe comportato in modo non dissimile da un terrorista. E la cosa più grave di questa assimilazione è il suo significato di rinvio: lo Stato avrebbe accettato di fare esattamente ciò che il terrorismo gli intima. Anche i trattati internazionali definiscono il terrorismo proprio richiamando il ricatto della paura.

Invece, nella lotta contro il terrorismo, la democrazia deve continuare a essere se stessa e quindi agire in accordo con i canoni dello Stato di diritto. Durante una situazione d'emergenza si avverte più forte il bisogno di rispettare le regole di quanto lo si percepisca in tempi normali, perché la situazione straordinaria è solo una parentesi di vita eccezionale, che si apre e si chiude all'interno di un contesto ordinamentale temporaneamente alterato, congelato nell'esercizio di alcune sue funzioni, confinato in uno stato di sospensione, dal quale deve uscire quanto prima per ritornare alla sua piena dimensione costituzionale.

La cultura della legalità è innanzitutto divisione dei poteri, ma mentre il discorso su quanta parte dei poteri emergenziali assegnare al Parlamento e quanta al Governo ha ricevuto adeguato sviluppo nelle pagine precedenti, la diversa questione di come regolare i confini tra il Legislatore e la Corte merita ora di essere almeno impostata secondo le coordinate dello stato di diritto, dipendendo da essa la complessiva compatibilità costituzionale del governo dell'emergenza.

Esaminiamo in breve il dover essere del legislatore e del giudice dinanzi all'emergenza.

Il primo – nel suo duplice volto del Parlamento e del Governo – andrà richiamato alla stretta osservanza del binomio precauzionalità/proporzionalità<sup>19</sup> nel disegnare le misure di contrasto alla strategia del ter-

<sup>19</sup> *Ratione materiae*, citiamo solo la pronuncia centrale della Corte di Giustizia (Grande Sezione), 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, in annullamento della Direttiva 2006/24/CE, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=IT>; si leggano in particolare i paragrafi 46 e 69, in cui la Corte richiama i suoi precedenti ed eleva la violazione della proporzionalità a motivo unico e assorbente della pronuncia in esame. Quanto alla precauzionalità, in aggiunta all'indiscussa autorità in materia di C.R. SUNSTEIN, già ricordato, si vedano anche i lavori di: D. BODANSKY, *Deconstructing the Precautionary Principle*, in D.D. CARON-H.N. SCHEIBER (eds.), *Bringing New Law To Ocean Waters*, Martinus Nijhoff/Brill, Leiden, 2004, pp. 381

rore, la cui aderenza non richiede alcuna innovazione normativa, neanche a livello ordinario, trattandosi di principi desumibili dai dettati costituzionali esistenti, e ampiamente elaborati dalle Corti Supreme.

E siccome in questa comparazione tra ineguali, i due piatti della bilancia sono disallineati in origine in quanto si confronta un danno attuale alle libertà con un vantaggio futuro e ipotetico alla sicurezza, il legislatore dovrà riportarli in equilibrio, disegnando misure asimmetriche benevole, cioè dirette a procurare un minore sacrificio alle libertà a fronte del maggior vantaggio alla sicurezza a compensazione della discrasia temporale tra i due beni in gioco.

Qui si sta chiedendo al legislatore di rovesciare l'asimmetria attualmente a danno delle libertà, ideando misure invece squilibrate a loro vantaggio, al fine di equiordinare le iniziali posizioni di disparità tra i beni antagonisti dovute al diverso tempo di soddisfazione dei rispettivi bisogni.

E lo stesso legislatore si potrà altresì considerare osservante della diversa regola della precauzionalità, se il sacrificio del diritto risulterà giustificato dall'inevitabile necessità di prevenire un pericolo serio e attuale. Dunque, la legge della paura dovrà stare attenta a non ricadere nelle facili tentazioni delle valutazioni legali tipiche, cioè di quelle tecniche che con presunzioni assolute reputano certo un evento la cui pericolosità è considerata astrattamente sussistente, avendo omesso di verificare con prognosi *ex ante* l'attitudine concretamente lesiva della condotta. I reati di pericolo in astratto, che tanto piacciono al legislatore di ogni latitudine, sia comunitario che interno<sup>20</sup>, comprimono nell'immediato i diritti a fronte di una minaccia terroristica priva di una concreta attitudine lesiva della sicurezza.

Infine, il legislatore si dovrà arrestare nel comprimere i diritti un attimo prima di intaccarne il nocciolo duro che, costituendo il minimo indefettibile di ciascuna libertà fondamentale, si oppone come limite insuperabile sia al potere di modificare in via permanente l'assetto costituzionale, cioè alla funzione di revisione, sia a quello di derogare in via temporanea alle garanzie dei diritti, cioè alla funzione di emergenza. Questo nocciolo duro concorre con i

ss; G.N. MANDEL-J.T. GATHII, *Cost-Benefit Analysis Versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*, in *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 1037-1079; N. SACHS, *Rescuing the Strong Precautionary Principle from its Critics*, in *University of Illinois Law Review*, 4, 2011, pp. 1285-1338. Per una diversa prospettazione del principio precauzionale in ragione del contesto ordinamentale europeo si leggano: C. HOOD-H. ROTHSTEIN-R. BALDWIN, *The Government of Risk*, Oxford University Press, Oxford, 2004, cap. 7.

<sup>20</sup> Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 "sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI", in <http://eurlex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541&from=IT>. Ci sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2017, per un ragionamento intorno alla sua dubbia legittimità comunitaria e interna.

principi fondativi a mantenere invariata l'architettura di un dato ordinamento politico-giuridico, rappresentando il suo minimo identitario sufficiente a distinguere da un altro ordine, autonomo e sovrano come il primo.

Se il legislatore venisse meno a quanto ora indicato, dovrebbe entrare in gioco la Corte costituzionale, la cui troppo ampia tolleranza verso il legislatore manifestata finora<sup>21</sup> ha consentito che discipline emergenziali temporanee scivolassero verso la definitività, che deroghe minori ai diritti evolvessero in vistosi strappi allo statuto inderogabile delle libertà fondamentali, che misure proporzionali e precauzionali mutassero in norme irragionevolmente asimmetriche e governate da presunzioni assolute.

Ora, il giudice costituzionale non potrebbe più concedere quelle generose aperture di credito finora accordate al legislatore della paura. Una semplice ragione impone alla Corte questa inversione di rotta: non potrà più ricorrere alla temporaneità per limitarsi ad annunciare, ma non già a disporre, le illegittimità costituzionali, perché la transitoria violazione della costituzione può rappresentare un'esimente all'annullamento delle sole norme ad efficacia predefinita nel tempo, ragionamento questo comunque da noi non condiviso in radice. Questa via è preclusa quando, a causa di un terrorismo diventato una presenza stabile nella vita delle persone, anche l'azione regolatoria tende a permanere, il che esclude il ricorso all'argomento della ragionevole parentesi temporale entro cui si consuma l'illecito costituzionale, in quanto il nuovo modello di *law of fear* è temporaneo solo nel senso che esibisce un termine iniziale, con ogni probabilità posto nella consapevolezza e nell'attesa di un numero indefinito di proroghe successive.

Né dall'altro canto si chiede al giudice di invadere opportunità e merito politico, terreni a lui preclusi, ma di riappropriarsi dei suoi strumenti di riesame che gli consentono, al di là della mera legittimità formale, di arrivare alla sostanza della decisione normativa, sempre che vi siano sintomi di eccesso di potere legislativo tali da far sospettare il cattivo uso della funzione normativa emergenziale, ferma restando la necessità di un loro concreto accertamento. Qui si chiederebbe al giudice di riesaminare secondo ragionevolezza l'indispensabilità dell'arretramento dei diritti, la compensazione nei limiti del possibile vantaggio alla sicurezza e la probabilità di avveramento dell'evento temuto. La Corte non deve esprimersi sull'adeguatezza della misura di compressione, né tantomeno sulla validità della misura in sé e per sé, perché non le compete di valutare se questo «sia il mezzo più appropriato per sradicare o,

<sup>21</sup> La sent. n. 15/82 può essere assunta a simbolo di un sindacato debole (per un commento si veda: *Giur. Cost.*, I, 1982, pp. 85 ss.), riportiamo uno stralcio della sua motivazione significativo ai nostri fini: "l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì misure insolite, ma che queste perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo".

almeno, per fronteggiare con successo il terrorismo [...] perché si risolverebbe in un sindacato su una scelta operata in tema di politica»<sup>22</sup>.

Solo un *judicial review* sostanziale potrebbe funzionare da rimedio capace in seconda battuta di correggere il tiro di un potere legislativo eccezionale incline a degenerare verso forme di esercizio arbitrarie e totalizzanti.

Senza considerare poi che nel momento in cui la Corte si dovesse riappropriare del suo compito su questo tema, l'esito non sarebbe quello di impedire al legislatore della paura di derogare alle regole costituzionali sulle libertà fondamentali, altrimenti il diritto eccezionale non sarebbe più tale. La Corte sarebbe più correttamente chiamata a verificare se le deroghe abbiano rispettato il nocciolo duro dei diritti, e disposto una disciplina alternativa a quella costituzionale limitatamente alla parte debole di ciascuna libertà. Quindi, al giudice sarebbe richiesto di rendere quella prestazione di garanzia a tutela del minimo indefettibile dell'ordinamento, ragione della sua esistenza.

Questo strumento, come per ogni domanda rivolta a un giudice, anche se supremo e garante della legittimità costituzionale, sarà sempre un rimedio estremo, cioè operante solo se seguito e preceduto da misure ulteriori. E questo perché si vuole evitare che l'intera responsabilità della legalità dello stato emergenziale gravi in via esclusiva sul potere giudiziario, che verrebbe impropriamente investito del ruolo di risolutore di ultima istanza dell'emergenza. In un contesto democratico, questo ruolo andrebbe piuttosto condiviso, giocato cioè tra un concerto di autorità che intervengono secondo un preciso ordine di ingresso: innanzitutto il decisore politico e solo in seconda battuta il giudice delle leggi. Dunque, nella nostra visione si esclude un affidamento della decisione sull'emergenza a un solo potere, sia esso politico o neutrale, perché la solitudine al potere porta con sé una torsione inevitabile e comunque pericolosa in un sistema democratico.

In questo quadro in cui ciascun potere è chiamato a fare quanto gli compete – il legislatore in sede di valutazione originaria e iniziale sul se e come governare l'emergenza, e il giudice in sede di riesame sulla idoneità dell'emergenza a conservare l'ordinamento – un posto non marginale spetterà anche ai cittadini.

Questi ultimi potrebbero prendere parte al giudizio dinanzi alla Corte con modalità al momento inedite<sup>23</sup>, non necessariamente disegnate sul modello

<sup>22</sup> Corte Costituzionale, sent. 1 febbraio 1982, cit., *supra*.

<sup>23</sup> Il tema non rientra nella nostra trattazione, pertanto rinviamo all'ampio studio comparato di: R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2012, con i contributi di TARCHI, HARTYWIG, LUTHER, LACHMAYER, ANZON DEMMING, BIAGGINI, DIEZ-PICAZO, ROMBOLI, VERDUSSEN, FERIOLI, MALFATTI, DAL CANTO, CARROZZA, AZZENA, RANDAZZO, PASSAGLIA e ONIDA; nonché a A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli

del sindacato di *amparo*<sup>24</sup>, e con l'utile effetto di rendere il processo costituzionale aperto alla partecipazione dei titolari delle libertà fondamentali, sempre che abbiano subito una concreta lesione di diritti per effetto di leggi irragionevolmente sacrificatorie.

L'ampliamento delle modalità di accesso alla Corte si completerebbe ammettendo al ricorso anche le minoranze parlamentari, secondo il modello, anche suscettibile di opportune modifiche, del ricorso di costituzionalità dinanzi al *Conseil constitutionnel*<sup>25</sup>; questo strumento, a differenza di quello in mano al singolo, sposterebbe fuori dalle aule parlamentari la dialettica tra maggioranza e opposizione in merito alla legittimità della legge della paura e servirebbe a riequilibrare un sistema<sup>26</sup> che vede sbilanciata la scrittura delle norme a favore di un decisore politico sensibile più alle preoccupazioni di conservare il consenso elettorale che non a quella di cercare un giusto equilibrio tra sicurezza e libertà.

Riteniamo che questo concerto di rimedi destinato a operare in verticale – tra cittadini e giudice delle leggi – e in orizzontale – tra legislatore e ancora giudice delle leggi – unitamente alle variazioni del dettato costituzionale può sottrarre la legislazione antiterroristica al limbo della decisione politica arbitraria, illimitata e solo formalmente scrutinabile, per riacquisirla alla categoria della materia giuridicamente rilevante. In questa collocazione più corretta perché consona a uno Stato di diritto, la *law of fear* sarebbe un atto politico conformabile *ex ante* dalla norma di revisione costituzionale, secondo la tesi dell'opportuna costituzionalizzazione dello stato d'emergenza, e sarebbe anche maggiormente controllabile *ex post* dalla Corte al fine di accertarne l'obbedienza ai parametri di legittimità, generali e specifici.

li, Torino, 2000 e R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, E.S.I., Napoli, 2006, *passim*.

<sup>24</sup> Nella letteratura spagnola si vedano: M. CARRILLO, *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, in *Rev. Vasca Adm. Púb.*, 2008, pp. 87 ss.; F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1987, pp. 14 ss.; A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, 2010, in [http://www.indret.com/pdf/722\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf); A. GARRO VARGAS, *El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 76, 2006, pp. 95 ss.; e più di recente, cfr.: L.M. DIEZ-PICAZO, *Il ricorso di Amparo nel diritto spagnolo*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, cit., pp. 143 ss.

<sup>25</sup> Quanto all'estensione della *saisine parlementaire* (ex art. 61 Cost. fr.) alle minoranze parlamentari, si vedano: G. CARCASSONNE, *La place de l'opposition: le syndrome français*, in *Pow.*, 85, 1998, pp. 77 ss.; mentre per un bilancio dell'istituto si consulti lo studio di D. MAUS-A. ROUX, *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *Colloque et publication en hommage à Louis Favoreu*, PUAM-Economica, Coll. *Droit public positif*, Paris, 2006, pp. 8 ss.

<sup>26</sup> A riguardo le parole del Presidente V. GISCARD D'ESTAING, in <http://discours.vie-publique.fr/notices/777013900.htm>. Medesima osservazione si deve da noi a P. PASSAGLIA, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)*, in [http://www.idr.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Ricorso\\_diretto\\_individuale.pdf](http://www.idr.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Ricorso_diretto_individuale.pdf), p. 20.

Il fine ultimo è evitare che l'emergenza terroristica, nella sua ricorsività e ordinaria straordinarietà, porti a giustificare la rinuncia permanente alle libertà, che in questo caso sarebbe ancora più odiosa di un qualunque altro sacrificio, perché la compressione, un tempo misura eccezionale e transitoria, è divenuta di fatto normale e perenne. In altre parole, va evitato l'ossimoro tanto temuto da Cheli e cioè che "La Costituzione, quando viene minacciata, può per sopravvivere negare se stessa?"<sup>27</sup>

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che non si tratterebbe di una perdita di diritti imposta indifferentemente a tutti, ma solo a coloro le cui libertà vengono compresse, a dispetto di un atteso vantaggio, in termini di protezione della sicurezza, spettante a chiunque, anche a quelli che non hanno sopportato nessuna restrizione. Quindi, la dinamica di questo scambio delle libertà contro la sicurezza almeno dovrebbe operare nel rigoroso rispetto di quanto richiesto dalla coppia proporzionalità/precauzionalità, considerato che quotidianamente si consuma un *do ut des* asimmetrico nel suo fisiologico funzionamento: «So the kind of tough actions, the "lesser evils", that are sanctioned by the need to defend democracy against its enemies, can do temptingly good work as explanations of why the liberty of some must be truncated to preserve the security of the whole»<sup>28</sup>.

Se legislatore e giudice deviano dai loro compiti, il terrorismo ha vinto. Il pericolo maggiore però non viene dal futuro attacco, quanto da quegli atteggiamenti dello stato di prevenzione<sup>29</sup> che tendono ad affermarsi come un'abituale pratica di governo e offrono ai cittadini una prestazione di sicurezza assolutizzante che prescinde dall'esistenza di uno stato di necessità, al punto di trasformare una condizione atipica e temporanea del potere in un paradigma ordinario e definitivo di esercizio della sovranità.

Non stiamo parlando di un rischio altamente improbabile, ma della trasformazione dello Stato di diritto temporaneamente derogato dall'emergenza in quello di polizia permanente che ha trasfigurato l'emergenza da condizione eccezionale a situazione ordinaria al punto da non doverla neanche più rilevare. La Francia sotto la presidenza Macron offre un esempio di questa pericolosa involuzione: ha sì mantenuto la promessa di non prorogare ulteriormente l'*etat d'urgence*, ma non ha alleggerito il peso imposto alle libertà dalla precedente legislazione emergenziale, né tantomeno ha restituito al giudice ordina-

<sup>27</sup> E. CHELI, *Recensione a Giovanna De Minico, Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2017, p. 648.

<sup>28</sup> Così C. GEARTY, *Liberty and Security*, Polity Press, Cambridge, 2013, p. 97.

<sup>29</sup> In merito le belle osservazioni di E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 75; da ultimo, riprese da G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 17 ss.

rio il fascio dei diritti<sup>30</sup>. In breve, rimossa l'emergenza non c'è stato un effettivo ritorno alla normalità istituzionale, con la conseguenza che la legge, non più disciplina eccezionale e a tempo determinato, si è presentata nelle vesti di una disciplina ordinaria e a vigenza illimitata con tutto ciò che ne segue in termini di abbassamento del livello delle garanzie.

Riteniamo allora che l'unica via percorribile sia l'affermazione reale della cultura della legalità come metodo politico di lotta civile al terrorismo, e non la *fictio iuris* alla francese. Solo la prima è capace di una sua moralità interiore, basata sul rispetto della dignità e dell'uguaglianza di tutte le persone, sul sacrificio delle libertà solo se strettamente indispensabile, sulla trasparenza e massima corralità possibile dei luoghi della decisione sull'emergenza. Libertà e democrazia sono gli unici beni meritevoli di essere difesi in tempo di terrorismo<sup>31</sup>, perché quando le cose vanno bene non corrono alcun rischio di menomazione; quando tali valori sono in tensione, lo Stato li baratta contro un'improbabile sicurezza. Se ciò dovesse accadere con frequenza, cessato il periodo del terrore, l'ordinamento riconquisterà una "normalità anomala", nel senso che la vita istituzionale e delle persone non ritornerà a svolgersi come prima, perché questa fittizia normalità sarà stata conseguita con un sacrificio impari e permanente di libertà e democrazia.

<sup>30</sup> *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000034990290&type=general&legislature=15>. Sia consentito il rinvio a una nostra riflessione maturata mentre la legge veniva approvata: *Terrorismo: emergenza, promessa (mancate?) del presidente Macron?*, in <http://www.affarinternazionali.it/2017/11/terrorismo-emergenza-promesse-macron/>. Tra i primi commentatori, sul progetto ancora *in itinere*, cfr: M. REES, *Les nouvelles technologies dans le projet de loi anti-terroriste*, in *NextInpact.com*, 18/9/2017; tra le voci istituzionali si segnala quella di F. NÍ AOLÁIN, *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism, Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism*, 22 sept. 2017; di recente, a conferma dell'attualità dell'argomento, sono intervenuti: G. COLLOMB, *Ministre de l'intérieur, L'essentiel de la Loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, in [http://www.maine-et-loire.gouv.fr/IMG/pdf/dp\\_loi\\_securite\\_interieure\\_et\\_antiterrorisme\\_30.10.17.pdf](http://www.maine-et-loire.gouv.fr/IMG/pdf/dp_loi_securite_interieure_et_antiterrorisme_30.10.17.pdf) e G. JACQUOT, *Lutte antiterroriste: comment la législation a évolué au cours des 5 dernières années*, in *PublicSenat.fr*, 26/3/2018.

<sup>31</sup> R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, Relazione svolta al Collegio Ghisleri di Pavia, 25 ottobre 2006, in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0027\\_bin.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0027_bin.pdf).