

MARCO RUOTOLO

### *La sicurezza nel gioco del bilanciamento \**

Sommario: 1. Premessa – 2. L'uso del termine «sicurezza» nella Costituzione italiana. La sicurezza come limite ai diritti di libertà: A) Le limitazioni della libertà personale e domiciliare (art. 13, commi 2 e 3, e art. 14, commi 2 e 3, Cost.) e la possibilità di adottare «misure di sicurezza» (art. 25, comma 3, Cost.) – 3. (*Segue:*) B) I «motivi di sicurezza» come limiti alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.) – 4. (*Segue:*) C) La possibilità di vietare lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza» (art. 17, comma 3, Cost.) – 5. (*Segue:*) D) La sicurezza come limite allo svolgimento dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) – 6. Cenni sulle «altre» previsioni costituzionali in tema di sicurezza: «sicurezza dello Stato» e «ordine pubblico e sicurezza» come «materie» di potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lettere *d* e *h*, Cost.); la «sicurezza del lavoro» come «materia» di potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.); il «pericolo grave ... per la sicurezza pubblica» come giustificazione per l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti di Regioni ed enti locali (art. 120, comma 2, Cost.); lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta «per ragioni di sicurezza nazionale» (art. 126, comma 1, Cost.). – 7. Considerazioni d'insieme: sul concetto di «sicurezza», alla luce delle sue traduzioni negli enunciati costituzionali. – 8. Dalla sicurezza all'emergenza. Verso lo Stato di prevenzione? – 9. L'altro volto della sicurezza: sicurezza dei rapporti giuridici, affidamento, certezza del diritto. Cenni – 10. A mo' di conclusione: costituzionalismo, sicurezza e libertà.

#### *1. Premessa*

Nell'invito rivolto ai relatori dell'odierno Convegno, il Prof. Cocco ha delineato un'ipotesi di lavoro in ordine alle possibili declinazioni del concetto di sicurezza: a) la sicurezza come limite all'esercizio delle c.d. libertà negative; b) la sicurezza come settore materiale oggetto di regolamentazione normativa (art. 117, comma 2, lett. *h*, Cost. che affida alla legislazione esclusiva dello Stato la materia «ordine pubblico e sicurezza»); c) la sicurezza come una sorta di diritto sociale.

Il mio compito – anche in ragione del titolo che è stato dato alla relazione – dovrebbe essere quello di ragionare in ordine ai limiti entro i quali l'interesse alla sicurezza possa prevalere su altri beni costituzionalmente protetti.

Il che impone, preliminarmente, di valutare se la sicurezza sia soltanto da riguardare come un interesse della collettività o anche come diritto dell'individuo. E, in quest'ultima ipotesi, se assuma in sé dignità costituzionale, potendo far premio su altri beni di rilievo costituzionale, sia pure, nella logica del bilanciamento, non oltre il punto di estrema tensione che ne produca il loro totale sacrificio, che ne pregiudichi la loro ineliminabile ragion d'essere<sup>1</sup>.

---

\* Testo della relazione presentata al Convegno «I diversi volti della sicurezza», svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano – Bicocca il 4 giugno 2009.

<sup>1</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 101.

Prima di ragionare sui *modi* nei quali possano risolversi le frizioni tra il presunto diritto alla sicurezza e altri diritti, occorre insomma chiedersi *se* il c.d. diritto alla sicurezza possa o meno entrare nel gioco del bilanciamento. Il che vuol dire chiedersi non solo se la sicurezza sia davvero un bisogno primario o basilico, ma anche, preliminarmente, se abbia un volto «costituzionale» unitario o se assuma diverse sembianze ogni qual volta, esplicitamente o meno, si trovi ad essere richiamata negli enunciati costituzionali.

Esiste un diritto costituzionale alla sicurezza? Per rispondere si dovrebbe definire il concetto stesso di sicurezza che, secondo una prima e tradizionale approssimazione, può farsi corrispondere a quello di *tranquillitas*, intesa come scopo della *civitas*<sup>2</sup>. Lo Stato dovrebbe garantire al singolo e alla collettività la conservazione di una condizione esente da disturbi. Ma se tale statica visione appare superata nella misura in cui all'esigenza di difesa dello *status quo ante* si affianca, per molti aspetti assorbendola, quella di «previdenza dei rischi riferita al futuro, al controllo del processo di trasformazione tecnico-scientifica della società»<sup>3</sup>, l'evoluzione dinamica del concetto si riverbera anche sulla sua consistenza di «bisogno umano», traducendosi primariamente in una istanza di realizzazione di una società che consenta l'espressione delle potenzialità di sviluppo degli individui. Al volto «repressivo» della sicurezza si affianca una sembianza «promozionale», che trova traduzioni importanti nelle Costituzioni contemporanee, nel segno della rimozione degli ostacoli che si frappongono all'effettivo godimento dei diritti. Ad assumere rilievo primario dovrebbe essere più che il «diritto alla sicurezza» «la sicurezza dei diritti»<sup>4</sup>, fondamento di una politica informata alla realizzazione della libertà dal bisogno, non più limitata alla *protezione* ma proiettata anche verso la *promozione* delle situazioni giuridiche soggettive affermate nelle Carte costituzionali<sup>5</sup>. Il passaggio è segnato in Italia dall'opzione per la forma di Stato sociale, che impone una diversa costruzione del rapporto autorità-libertà, rifuggendo dalla logica repressiva rivolta al mantenimento dello *status quo ante* e dalla considerazione dei diritti come frutto di una auto-limitazione dello Stato, mera risultante dei limiti opposti ai poteri pubblici dall'ordinamento<sup>6</sup>.

Tuttavia, non può sottacersi lo iato tra il *dover essere* sopra delineato e l'*essere*, condizionato non soltanto dall'inadeguatezza delle risorse finanziarie, ragione che ha indotto a ritenere perseguibili

---

<sup>2</sup> Si tratta di una ricostruzione che trova il suo fondamento nel pensiero di Marsilio da Padova (*Defensor Pacis*, 1342). Sulla evoluzione del concetto cfr., sinteticamente, G. P. CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale. Saggio di Teoria e Filosofia del diritto*, Torino, 2003, 82 ss.

<sup>3</sup> D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY – P. P. PORTINARO – J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 146.

<sup>4</sup> Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA – M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 19 ss.

<sup>5</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in P. RIDOLA – R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, vol. I, 133.

<sup>6</sup> Sul punto v. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 127 ss., che fa riferimento alla tradizione tedesca che trova espressione nel modello del *Rechtsstaat* tedesco della seconda metà dell'Ottocento e nella elaborazione della teoria dei diritti pubblici soggettivi.

gli obiettivi costituzionali nei limiti del «possibile e del ragionevole», ma anche, e forse soprattutto, da politiche neo-liberiste, le quali anziché ridurre l'area dell'emarginazione sociale ne hanno determinato un incremento, comprendendovi tutti i soggetti perdenti nella competizione sociale. La realtà ha dimostrato che il libero mercato, specie nell'era della globalizzazione dell'economia, non può che produrre ulteriori disuguaglianze, generando nuove (o rinforzando vecchie) coordinate economico-sociali che vedono nel possesso del denaro l'elemento che premia nella competizione sociale<sup>7</sup>. A questo punto dell'evoluzione sociale il sogno costituzionale della «sicurezza dei diritti» sembra aver ceduto il passo al «diritto alla sicurezza» di nuovo riguardato in una prospettiva statica, come diritto al mantenimento dello *status quo ante* rivendicato dal soggetto «forte», «normale», contro l'«aggressione dei soggetti deboli», «anormali» (vagabondi, prostitute, barboni, immigrati clandestini e no, tossicodipendenti, ecc.), visti come una minaccia per l'ordine sociale<sup>8</sup>.

È in quest'ultima veste che il diritto alla sicurezza ha trovato traduzione in politiche ispirate ad una logica repressiva che non sembra legata a transitorie situazioni emergenziali. La domanda di sicurezza sembra percepita dal potere esclusivamente come richiesta di stabile tutela contro la criminalità e il terrorismo e non anche come istanza di promozione e realizzazione dei diritti al lavoro, ad un ambiente salubre, alla salute, alla giustizia, ecc. Si evoca l'*emergenza* per giustificare restrizioni di diritti fondamentali che non assumono i caratteri della provvisorietà, che non sono adottate per fronteggiare il caso, l'evento non previsto dal sistema ordinario, ma si propongono come regole rivolte a durevolmente garantire la sicurezza, il mantenimento dell'ordine sociale. Le attuali politiche di livello nazionale contro l'immigrazione clandestina (c.d. pacchetto sicurezza)<sup>9</sup> e di livello locale contro la prostituzione, l'abuso di alcol, il vandalismo, l'accattonaggio molesto, realizzate mediante lo strumento delle ordinanze dei sindaci (specie del Nord Ovest e del Nord

---

<sup>7</sup> Situazione determinata anche dalla forte contrazione degli interventi pubblici correttivi delle distorsioni del libero mercato, ammessi soltanto se strumentali ad assicurarne il pieno funzionamento. A venire in primo piano è la «libertà di decisione del singolo operatore economico, che propende per sua natura per non restringersi in spazi delimitati e per allargare quanto più possibile gli orizzonti del proprio agire e non si pone eccessivi scrupoli di tutela dei diritti e delle libertà altrui» (D. NOCILLA, *Libertà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, vol. IV, 3508).

<sup>8</sup> Cfr. T. PITCH – C. VENTIMIGLIA, *Che genere di sicurezza*, Milano, 2001, specialmente la parte III.

<sup>9</sup> Cfr. la legge n. 125 del 24 luglio del 2008 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), la legge n. 38 del 23 aprile 2009 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), nonché il testo del d.d.l. recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» (A.S. n. 733-B) approvato dal Senato il 5 febbraio 2009 (A.S. n. 733), modificato dalla Camera e trasmesso al Presidente del Senato il 14 maggio 2009 (A.C. n. 2180-A). Successivamente alla presentazione di questa relazione, il procedimento legislativo si è concluso con l'approvazione della legge 15 luglio 2009, n. 94 («Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»).

Est)<sup>10</sup>, sono, dichiaratamente, misure per la sicurezza dei cittadini, non per fronteggiare mere situazioni emergenziali.

Si dovrebbe pensare, allora, anche sotto il profilo sociologico, che i fattori maggiori di insicurezza siano attualmente connessi all'immigrazione e alla criminalità. Ma una recente indagine campionaria compiuta dall'ANCI sui residenti delle grandi città<sup>11</sup> dimostra il contrario: il problema della insicurezza viene imputato principalmente al «cattivo funzionamento della giustizia» (36,7%), alla «mancanza e alla precarietà del lavoro» (36%), all'«aumento delle disuguaglianze e alla crisi economica» (26%); seguono «l'immigrazione» (24%) e «la insufficienza delle forze di polizia» (17%). Come dimostra l'indagine dell'ANCI, la precarietà lavorativa ed economica (32%) «fa più paura» della microcriminalità (30%) e comunque l'insicurezza economica (comprensiva del timore di perdere l'attuale tenore di vita) è avvertita come problema dal 50% dei cittadini. Come a dire che se si vuol guardare alla sicurezza come bisogno reale, esso è avvertito più nella dimensione dinamica sottesa a molte previsioni costituzionali – in termini di promozione dei diritti e di rimozione degli ostacoli al loro effettivo godimento – che nella dimensione statica della conservazione dello *status quo ante*.

Di ciò – di quella che è la realtà – credo si debba tenere massimamente conto per delimitare uno studio che si propone di analizzare la sicurezza come possibile limite al libero dispiegarsi dei diritti fondamentali. È la realtà dei bisogni umani che induce a confermare la bontà dei principi costituzionali in tema di diritti, di un impianto le cui buone ragioni è opportuno ribadire a fronte di «svalutazioni» correnti, frutto di bisogni spesso indotti e senz'altro accessori rispetto a quelli basici o reali<sup>12</sup>.

Tutto ciò induce almeno a revocare in dubbio l'assunto per cui il «diritto alla sicurezza» in sé, per come tradizionalmente inteso, possa essere qualificato quale bisogno primario<sup>13</sup>, senz'altro idoneo ad entrare nel gioco del bilanciamento con i diritti fondamentali. Il che non significa, ovviamente, negare che possano venire in rilievo come legittimi limiti per i diritti fondamentali alcune

---

<sup>10</sup> I poteri di ordinanza dei sindaci in materia di sicurezza urbana sono stati ampliati dalla legge n. 125 del 24 luglio del 2008 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 maggio 2008, n. 92) e dal successivo decreto del Ministro dell'Interno del 5 agosto 2008 (Incolunità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione).

<sup>11</sup> I risultati dell'indagine campionaria realizzata dall'ANCI in collaborazione con la fondazione Cittalia nel mese di gennaio 2009 sono pubblicati nel sito [www.anci.it](http://www.anci.it). Le aree metropolitane coinvolte nella ricerca sono le seguenti: Bari, Bologna, Cagliari, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Venezia.

<sup>12</sup> Sul bisogno di sicurezza come accessorio rispetto agli altri bisogni, basici o reali, v. A BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 19 e ivi nota 2, ove definisce come «bisogni basici» quelli che «si sono stabilizzati nella storia naturale dell'uomo e pertanto hanno un alto grado di costanza nel tempo e nello spazio»; come «bisogni reali» «quelli altamente evolutivi, che si producono nella relazione dinamica tra soddisfazione di bisogni, sviluppo delle capacità e nascita di nuovi bisogni».

<sup>13</sup> Che l'aspettativa «a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato» non costituisca, ex art. 2 Cost., un diritto inviolabile è stato d'altra parte affermato dalla stessa Corte costituzionale, con specifico riferimento alla riconosciuta discrezionalità del legislatore nella disciplina delle misure cautelari personali (v. ord. n. 187 del 2001 e su di essa i riferimenti *infra* al par. 2).

espressioni della «sicurezza», intesa in prevalenza come interesse della collettività, specificamente prese in considerazione nella nostra Costituzione, nonché le situazioni emergenziali, che siano effettivamente tali ossia fattispecie, eventi, non previsti dal sistema ordinario che richiedono risposte «eccezionali».

2. *L'uso del termine «sicurezza» nella Costituzione italiana. La sicurezza come limite ai diritti di libertà: A) Le limitazioni della libertà personale e domiciliare (art. 13, commi 2 e 3, e art. 14, commi 2 e 3, Cost.) e la possibilità di adottare «misure di sicurezza» (art. 25, comma 3, Cost.)*

La «sicurezza» è considerata come possibile limite dei diritti di libertà in alcune disposizioni della nostra Costituzione, che saranno ora rapidamente passate in rassegna per cercare di cogliere alcune ipotesi di «bilanciamento»<sup>14</sup>.

Il limite della sicurezza, ancorché non esplicitato, è ritenuto operante, in quanto collegato a funzioni di prevenzione criminale, con riferimento alla disciplina costituzionale della libertà personale e di domicilio, la quale ammette, «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge», che la «autorità di pubblica sicurezza» possa adottare misure temporanee soggette alla convalida del giudice (art. 13, comma 3, Cost.; al quale rinvia l'art. 14, comma 2, Cost.)<sup>15</sup>. Soltanto ove non possa essere assicurato il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, la legge può prevedere l'adozione dei predetti provvedimenti provvisori, sulla base di una «ponderata motivazione e conformazione» delle situazioni di eccezionale necessità ed urgenza che ne costituiscono il fondamento<sup>16</sup>. Il «bilanciamento» affidato al legislatore è dunque orientato dalla Costituzione nel senso del «sacrificio minimo» della libertà personale, configurando i provvedimenti di polizia come eccezionali e condizionati dalla convalida giudiziaria, sul presupposto che la riserva di giurisdizione imponga di regola il «previo» atto motivato. Si comprendono pertanto le ragioni per cui la revoca e la perdita di effetto dei provvedimenti di polizia, riconosciute in caso di mancata tempestiva convalida (come anche di mancata tempestiva richiesta della convalida)<sup>17</sup>, non privino l'interessato della possibilità di attivare «la responsabilità dell'organo che ha disposto l'adozione del provvedimento restrittivo»<sup>18</sup>, nonché di esercitare il diritto a un'equa riparazione, la cui omessa previsione per la detenzione patita a seguito delle misure precautelari dell'arresto o del fermo che siano state illegittimamente eseguite ha determinato

---

<sup>14</sup> Per un'analisi delle disposizioni costituzionali che richiamano o evocano il concetto di sicurezza v. T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue «dimensioni» costituzionali*, in S. VIDA (a cura di), *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, 275 ss. (anche in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>15</sup> Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005, 112.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. n. 512 del 2002.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 173 del 1971.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 515 del 1990.

la dichiarazione di incostituzionalità in parte *qua* dell'art. 314 c.p.p.<sup>19</sup>. Resta fermo, peraltro, che in caso di mancata convalida le prove eventualmente acquisite si ritengono illegittimamente raccolte e sono inutilizzabili nel processo<sup>20</sup>.

Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, «spetta esclusivamente alla discrezionalità del legislatore determinare, nel rispetto del principio della riserva di legge stabilito dall'art. 13, comma 2, Cost., i casi in cui il giudice può disporre restrizioni della libertà personale, ed è pure riservata alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei casi eccezionali di necessità e urgenza in cui possono essere adottati provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale ai sensi dell'art. 13, comma 3, Cost.»<sup>21</sup>. In senso diverso non può essere invocato l'art. 2 Cost., come ha chiarito la Corte nel decidere una questione riguardante l'inapplicabilità delle misure cautelari personali fuori dei casi di arresto in flagranza per i reati di cui all'art. 381, comma 2, c.p.p.<sup>22</sup>. Nella specie, il rimettente aveva sostenuto che l'impossibilità di applicare una misura cautelare all'indagato, solo perché non arrestato in flagranza, si porrebbe in contrasto con «il principio di cui all'art. 2 Cost., in base al quale compito primario della Repubblica ... è quello di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui rientra senza dubbio quello a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato». La risposta della Corte è sul punto molto netta: «l'art. 2 Cost. è evocato erroneamente, posto che tra i diritti inviolabili non rientra l'aspettativa dei consociati di vedere tutelata la propria sicurezza mediante una disciplina legislativa – quale quella auspicata dal rimettente – volta a generalizzare il ricorso alle misure cautelari limitative della libertà personale»<sup>23</sup>.

In termini di eccezionalità andrebbe poi riguardata la disciplina delle «misure di sicurezza», ammesse dall'art. 25, comma 3, Cost. («nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge») e disciplinate dagli artt. 199-240 c.p. Quale che sia la natura di tali misure, è indubitabile che comportino comunque la privazione o la limitazione della libertà

---

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 109 del 1999. In linea con l'orientamento espresso nella sent. n. 446 del 1997, dove è stato posto in luce il fondamento squisitamente solidaristico della riparazione per l'ingiusta detenzione ed è stato chiarito che in presenza di una lesione della libertà personale rivela comunque ingiusta con accertamento *ex post*, in ragione della qualità del bene offeso si deve avere riguardo unicamente all'oggettività della lesione stessa. Cfr. anche la sent. n. 310 del 1996, sul diritto ad equa riparazione per ingiusta detenzione subita in esecuzione di ordine di carcerazione illegittimo.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 34 del 1973.

<sup>21</sup> Ord. n. 187 del 2001. Cfr. anche sent. n. 188 del 1996.

<sup>22</sup> Si tratta dell'ord. n. 187 del 2001. L'art. 381, comma 2, c.p.p. elenca una serie di delitti per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza, tra i quali furto, truffa continuata, appropriazione indebita.

<sup>23</sup> A commento della decisione si v. A. PACE, *L'accesso alla categoria «aperta» dei diritti inviolabili incontra solo puntuali dinieghi o anche limiti?*, in *Giur. Cost.*, 2001, 1438 ss., secondo il quale, qualora fosse riconosciuto dalla Corte il diritto inviolabile a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato, «esso si porrebbe in antitesi con le specifiche regole costituzionali che garantiscono la libertà personale. E proprio perciò ne è inammissibile il riconoscimento» (1440).

personale<sup>24</sup>, incidendo su un valore che l'art. 13 Cost. riconosce come diritto inviolabile dell'uomo<sup>25</sup>. Con la conseguenza che la loro previsione andrebbe riguardata secondo la logica del «sacrificio minimo» prima evocata, lasciando peraltro al giudice il compito di valutare caso per caso non solo la ricorrenza dei presupposti per la loro applicazione, ma anche l'intensità della misura, detentiva o non detentiva, da adottare. In quest'ultimo senso sembra orientarsi la Corte costituzionale, almeno con riguardo alle disposizioni del codice penale che prevedevano l'applicazione «automatica» della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nei confronti dell'imputato proscioltosi per infermità psichica o del soggetto totalmente infermo di mente e socialmente pericoloso (artt. 222 e 226 c.p.). Le predette disposizioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime<sup>26</sup>, in quanto non consentivano al giudice di optare per una misura non detentiva, quale la libertà vigilata, che può essere accompagnata da prescrizioni e cautele tali da permettere il controllo della rilevata pericolosità sociale. È il modello prescelto dal legislatore che si pone in contrasto con la Costituzione, escludendo ogni apprezzamento della situazione da parte del giudice, per imporgli un'unica scelta, che può rilevarsi, in concreto, lesiva del necessario equilibrio tra le diverse esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale.

La «pericolosità sociale» che, a rigore, dovrebbe ritenersi accertata solo all'esito del processo, assume, invece, una connotazione fondamentale nella disciplina legislativa relativa alle limitazioni della libertà personale che possono essere applicate prima della sentenza irrevocabile. La «pericolosità sociale» è infatti una delle condizioni che può legittimare il ricorso a misure cautelari personali nei confronti del soggetto indiziato di gravi delitti (art. 274 c.p.)<sup>27</sup>, a misure di sicurezza

---

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 58 del 1995.

<sup>25</sup> L'incidenza delle misure di sicurezza sulla libertà personale è messa in particolare evidenza da P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 229 s., che sottolinea tra l'altro che per quanto «l'art. 25 Cost. si limiti a disporre solo una riserva di legge in materia, tali misure sono progressivamente state assoggettate, soprattutto in seguito ad una serie di interventi della Corte costituzionale, anche all'altra regola-base dettata dall'art. 13, ossia alla riserva di giurisdizione (sent. n. 53/1968)». Nella sent. n. 53 del 1968, richiamata da Caretti, si legge che «la questione relativa al diritto di difesa nel procedimento di applicazione delle misure di sicurezza al di fuori del processo penale può e deve essere impostata su un piano diverso e più alto, che è non quello formale dell'appartenenza del procedimento [davanti al giudice di sorveglianza] all'una o all'altra categoria [giurisdizionale o amministrativa], bensì quello riguardante l'interesse umano oggetto del procedimento, vale a dire quello supremo della libertà personale».

<sup>26</sup> Corte cost., sentt. nn. 253 del 2003 e 367 del 2004.

<sup>27</sup> Ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali (tra le quali rientrano gli arresti domiciliari, la custodia cautelare in carcere, custodia cautelare in luogo di cura) è necessario che vi siano gravi indizi di colpevolezza nei confronti del destinatario (art. 273, 1° co., c.p.p.), che si tratti di delitti gravi, sanzionati con l'ergastolo o con pena superiore nel massimo ad anni tre (ad anni quattro per la misura della custodia cautelare in carcere) (art. 280 c.p.p.), che ricorra almeno una delle esigenze cautelari elencate nell'art. 274 c.p.p.: a) c.d. pericolo d'inquinamento probatorio; b) pericolo di fuga; c) *esigenze di tutela della collettività, legate al concreto pericolo della commissione di gravi delitti* di violenza o contro l'ordine costituzionale o di criminalità organizzata ovvero della medesima indole di quello per cui si procede.

applicate in via «non definitiva» (prima, cioè, della sentenza irrevocabile: art. 312 c.p.p.)<sup>28</sup>, a misure pre-cautelari quali l'arresto facoltativo in flagranza (art. 381, comma 4, c.p.p.)<sup>29</sup>.

La «pericolosità sociale» è stata assunta addirittura a fondamento di provvedimenti *ante o praeter delictum*, quali le misure di prevenzione applicabili nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi in base ad un giudizio di probabilità circa il compimento in futuro di atti criminosi<sup>30</sup>. Come è noto, siffatte misure sono state ritenute da una parte della dottrina inammissibili (e incostituzionali), in quanto non aventi alcun fondamento nell'art. 25 Cost.<sup>31</sup>, che si riferisce a pene e misure di sicurezza, entrambe fondate sulla previa commissione di fatti di reato<sup>32</sup>. Viceversa, la legittimità costituzionale e la pratica necessità della prevenzione *ante delictum* è stata affermata in relazione sia all'art. 2 Cost., in ordine all'esigenza di tutela dei diritti inviolabili *prima* che siano offesi, sia agli artt. 25, comma 3, e 27, comma 3, Cost., che, facendo riferimento rispettivamente alle misure di sicurezza e alla funzione di rieducazione della pena, attribuiscono rilevanza all'accertamento di fattori di personalità e quindi anche alle situazioni soggettive di pericolosità. La Corte costituzionale ha accolto la tesi della legittimità ma fondandola su un diverso e discutibile argomento, affermando che «il principio di prevenzione e di sicurezza sociale (...) affianca la repressione in ogni ordinamento, come esigenza e regola fondamentale» e come tale pervade la Costituzione<sup>33</sup>: «l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal

---

<sup>28</sup> Si fa riferimento, in particolare, alle misure del ricovero in casa di cura e custodia o in ospedale psichiatrico giudiziario irrogabili per esigenze processuali cautelari nei confronti dell'infermo di mente, dell'ubriaco abituale, del tossico o alcol-dipendente.

<sup>29</sup> Nell'indicare i casi nei quali gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono disporre l'arresto facoltativo in flagranza, l'art. 381 c.p.p. specifica che si può procedere «soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto commesso ovvero dalla *pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto*».

<sup>30</sup> Cfr. art. 1 della legge n. 1423 del 1956, come modificato dall'art. 2 della legge n. 327 del 1998. Le misure di prevenzione (tra le quali rientrano la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, il divieto di soggiorno, l'obbligo di soggiorno) sono applicabili, ai sensi della legge n. 1423 del 1956 (e successive modifiche) nei confronti di: «1) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi», «2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», «3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» (v. art. 1 della legge n. 1423 del 1956, come sostituito dall'art. 2 della legge n. 327 del 1988).

<sup>31</sup> Sulla questione della compatibilità con la Costituzione delle misure di prevenzione v., tra i molti, L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 23 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 499 ss.; A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 287 ss.; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632 ss.

<sup>32</sup> Secondo autorevole dottrina (L. ELIA, *op. cit.*, 23 ss.), l'art. 13 Cost. sarebbe norma «servente», «strumentale» nel senso che si limita a regolare il procedimento di applicazione delle misure restrittive della libertà personale, demandandone la competenza all'autorità giudiziaria. Le misure restrittive dovrebbero perciò trovare il loro fondamento in altre norme costituzionali: le finalità in vista delle quali il legislatore potrebbe prevedere restrizioni della libertà personale possono essere desunte, a giudizio dell'Autore, dal sistema costituzionale nel suo complesso ed in particolare dagli artt. 25, 30 e 32 Cost., in relazione alle esigenze di *accertamento dei fatti costituenti reato*, di quelle *educative dei minori* e di quelle *sanitarie*. Sul punto si veda anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1049 s.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 1964. Sul punto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Padova, 1992, 884 s.

sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire»<sup>34</sup>.

Non si può omettere di rilevare che in tal modo viene ammesso un concetto di pericolosità *sine delicto* o *ante delictum* che, nel gioco del bilanciamento legislativo, permette di premiare le esigenze di sicurezza oltre il limite segnato dagli enunciati costituzionali, fornendo un avallo implicito a politiche di compressione dei diritti fondamentali che sembrano orientate a consolidare piuttosto che a combattere l'emarginazione sociale. Anziché rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'obiettivo del pieno sviluppo della personalità di ciascuno si finisce per rinforzarli, nella logica della conservazione dello *status quo ante*, della difesa dei soggetti «forti» nella competizione sociale. Sembra da condividere, pertanto, quanto già espresso da un'autorevole dottrina, secondo la quale l'intero sistema delle misure di prevenzione «non si sottrae ad un serio giudizio civile, morale e tecnico: civile, perché restringe la libertà di chi non è stato condannato o, addirittura, è stato assolto; morale, perché non si preoccupa di rieducare ...; tecnico, perché le misure previste sono inadeguate di fronte alla delinquenza moderna»<sup>35</sup>. D'altra parte, proprio «i risultati non certo decisivi nella lotta alla criminalità e la stessa sottrazione di energie alla già dissestata giurisdizione penale» hanno indotto la dottrina ad auspicare l'eliminazione delle suddette misure dall'ordinamento<sup>36</sup>, anche in considerazione del dato relativo all'assenza di simili istituti negli ordinamenti dei paesi occidentali<sup>37</sup>.

### 3. (Segue:) B) I «motivi di sicurezza» come limiti alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.)

Il limite della «sicurezza» è per la prima volta espressamente richiamato nell'art. 16 Cost.: «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di *sicurezza*». La Costituzione pone così una riserva di legge assoluta e rinforzata, condizionando il legislatore non solo in ordine ai «motivi» per i quali può intervenire («di sanità o di *sicurezza*») ma anche al modo

---

<sup>34</sup> Corte cost., sent. n. 27 del 1958. Si veda anche, nel medesimo senso, la sent. 23 del 1964, con nota di P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 197 ss.

<sup>35</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed. Padova, 1992, 187, e già ID., *Libertà personale*, cit., 303.

<sup>36</sup> Cfr. in particolare E. LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *Questione giustizia*, 1999, 738 s., il quale ritiene che «un simile auspicio, ancora, rinvia alla mai troppo ribadita consapevolezza che gli sforzi maggiori per combattere fenomeni criminali vadano operati nella direzione di rimuovere quelle condizioni di profondo disagio socio-individuale che sono all'origine di molti delitti, abbandonando fuorvianti illusioni di tipo poliziesco».

<sup>37</sup> E. LOMONTE, *loc. ult. cit.*, richiama in particolare la sentenza del 14 febbraio 1986 del *Tribunal Constitucional* spagnolo che ha dichiarato l'incostituzionalità delle misure di sicurezza *predelictuales*, contenute nella *Ley de peligrosidad y rehabilitación social* del 14 agosto 1970.

(«in via generale») in cui la limitazione può dispiegarsi, dovendo «prescindere dalle qualità morali dei soggetti destinatari dei divieti»<sup>38</sup>.

La Corte costituzionale ha fornito una lettura delle formule sopra richiamate, che merita di essere sottolineata per le sue possibili implicazioni.

Anzitutto, riguardo alla clausola «in via generale», la Corte ha dapprima affermato che essa va letta nel senso che «la legge deve essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie»<sup>39</sup>, per poi chiarire che ciò implica solo che «le autorità non possono porre limiti contro una determinata persona o contro determinate categorie, non nel senso che non si [possano] adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si [possano] stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi»<sup>40</sup>. Il che implica, in concreto, che la formula «stabilisce in via generale» altro non sia che una riaffermazione del principio posto nell'art. 3 Cost.

Quanto al termine «sicurezza» di cui all'art. 16, comma 1, Cost., esso tende ad essere identificato dalla dottrina con l'ordine pubblico, con la «sussistenza di uno *stato materiale di pace*»<sup>41</sup>. La Corte costituzionale già nella sent. n. 2 del 1956 ritenne «inammissibilmente angusta» l'interpretazione volta a considerare la «sicurezza» come esclusivamente riferita alla «incolumità fisica», considerando «razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola “sicurezza” il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico». Su queste basi la Corte ebbe a concludere che non fosse dubbio che «le “persone pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità” (art. 157 legge p.s.) costituiscano una minaccia alla “sicurezza” indicata, e così intesa, nell'art. 16 della Costituzione».

Ma siamo veramente entro i confini della «sicurezza» strettamente intesa? Sembrerebbe di no, come in effetti emergerà nella giurisprudenza costituzionale più recente, costretta a fare riferimento a generiche «ragioni di pubblico interesse» il cui perseguimento attraverso «misure che influiscano sul movimento della popolazione» non sarebbe precluso al legislatore dal precetto di cui all'art. 16

---

<sup>38</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 174. L'illustre costituzionalista attribuisce particolare rilievo anche alla previsione, sempre contenuta nell'art. 16 Cost., per cui «nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche», la quale impedisce al legislatore di comprendere nel limite della sicurezza la sfera politica.

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 2 del 1956.

<sup>40</sup> Corte cost., sent. n. 68 del 1964, ove si afferma altresì che «l'espressione “in via generale”, contenuta nell'art. 16 della Costituzione non impedisce che la legge domandi alla autorità amministrativa l'accertamento del pericolo per la sanità e la sicurezza di singoli individui e quindi conceda alla predetta autorità i necessari poteri valutativi».

<sup>41</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 286.

Cost.<sup>42</sup>. La libertà di circolazione – afferma la Corte – può essere limitata anche «sulla base di esigenze che, sebbene *trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengono al buon regime della cosa pubblica*», essendo ben possibile riguardare «il rapporto fra il diritto alla libertà di movimento ed i limiti all'esercizio dello stesso ... anche alla luce del criterio generale della ragionevolezza, ossia sotto il profilo del giusto rapporto dell'atto allo scopo»<sup>43</sup>. Il concetto di «sicurezza» trascolora discutibilmente in quello di «buon regime della cosa pubblica» e la legittimità dell'intervento legislativo limitativo di un diritto di libertà è rimessa ad una valutazione dai confini tutt'altro che limpidi qual è quella di ragionevolezza.

Anziché fornire una lettura restrittiva della «sicurezza», quale limite che potrebbe essere riferito esclusivamente alla tutela della incolumità fisica delle persone, si finisce per considerarlo come interesse pubblico, intendendola genericamente come ordinato vivere civile (se non come ordine pubblico ideale o come pubblica moralità), il che, come è stato ben detto, espone «il diritto garantito a rilevanti rischi di svuotamento»<sup>44</sup>. Ovvero, nel gioco del bilanciamento, pone la sicurezza in una posizione preminente, in grado di provocare un sensibile sacrificio della libertà di circolazione e soggiorno dell'individuo.

4. (Segue:) C) *La possibilità di vietare lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza» (art. 17, comma 3, Cost.)*

Il limite della «sicurezza» è espressamente evocato con riferimento alle riunioni in luogo pubblico, delle quali deve essere dato preavviso alle autorità, «che possono vietarle soltanto per *comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*» (art. 17, comma 3, Cost.).

Le suddette ipotesi di divieto preventivo sono state interpretate nello spirito della massima tutela dell'esercizio del diritto di riunione, che deve svolgersi «pacificamente e senz'armi», ossia non risultare lesivo dell'ordine pubblico materiale (assenza di violenza fisica e di disordini). Anzitutto, specifico rilievo assume il fatto che i motivi di sicurezza debbano essere «comprovati», traducendosi tale previsione nella necessità di una esauriente motivazione, rispetto alla situazione concreta, dell'eventuale provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza, al fine di consentire un

---

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 1996, ove si afferma che «l'uso delle strade, specie con mezzi di trasporto, può essere regolato sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengono al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare ed alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere. La tipologia dei limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni) viene articolata dalla pubblica autorità tenendo conto dei vari elementi in gioco: diversità dei mezzi impiegati, impatto ambientale, situazione topografica o dei servizi pubblici, conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato. Si tratta pur sempre, però, di una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza». In senso conforme v. anche sent. n. 66 del 2005.

<sup>43</sup> Cfr., ancora, sent. n. 264 del 1996.

<sup>44</sup> G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA – P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, cit., vol. II, 588.

sindacato sull'atto sia da parte degli interessati che dell'autorità giudiziaria<sup>45</sup>. Significativa è la giurisprudenza costituzionale che esclude che l'obbligo di dare preavviso per le riunioni in luogo pubblico costituisca una condizione di legittimità della riunione<sup>46</sup>, non essendo consentito al questore impedire che la riunione si svolga per il solo fatto dell'omesso avviso. L'esercizio del diritto di riunirsi in luogo pubblico non può quindi più ritenersi soggetto ad una sorta di regime autorizzatorio e la stessa valutazione circa la *pericolosità* della riunione deve essere riferita ad una situazione *concreta* e tradursi in un provvedimento *puntuale*, risultando perciò illegittimo qualsiasi divieto preventivo generale<sup>47</sup>.

I «motivi di sicurezza» appaiono, insomma, ben delimitati nella loro idoneità a condizionare il libero svolgimento del diritto di riunione, configurandosi il divieto preventivo come *extrema ratio*, al quale peraltro dovrebbe essere preferito, ove non sia possibile in altro modo assicurare la prevenzione dei disordini ritenuti possibili in considerazione dell'oggetto, del luogo, del giorno o di altro elemento riguardante la riunione preavvisata, un provvedimento del questore che disponga per il suo svolgimento modalità diverse di tempo e di luogo (v. art. 18, comma 4, t.u.p.s.). Anche un siffatto provvedimento dovrebbe però essere adeguatamente motivato potendosi tradurre in una arbitraria compressione o limitazione del diritto di riunione.

Alla rilevata eccezionalità della misura del divieto preventivo si aggiunge la considerazione per cui lo scioglimento della riunione dovrebbe praticarsi solo ove non sia possibile assicurarne la pacificità attraverso l'allontanamento (o l'arresto, nei casi previsti dalla legge penale) dei singoli partecipanti che, in ipotesi, siano armati o abbiano commesso un delitto o più semplicemente turbino il pacifico svolgimento della riunione. Solo qualora ciò non sia materialmente possibile, ad esempio «per la quantità delle persone armate o per la connivenza generalmente dimostrata nei confronti dei contravventori, solo allora la pubblica autorità potrebbe procedere allo scioglimento»<sup>48</sup>.

L'eventuale bilanciamento tra diritto di riunione ed esigenze di «sicurezza», peraltro esclusivamente riferite alla tutela della incolumità fisica delle persone, si configura pertanto come «inequale», a favore del libero esercizio del diritto in parola.

---

<sup>45</sup> G. BRUNELLI, *Un caso di tutela carente: il divieto illegittimo di riunione per motivi di sicurezza. La diversa situazione nell'ordinamento spagnolo*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 83.

<sup>46</sup> Cfr. sent. n. 11 del 1979, nonché sent. n. 90 del 1970.

<sup>47</sup> A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 94 ss.; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 332; R. D'ALESSIO, *sub art. 17*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli e Paladin, Padova, 1990, 110; S. PRISCO, *Riunione (libertà di)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 9.

<sup>48</sup> A. PACE, *op. ult. cit.*, 316.

5. (Segue:) D) *La sicurezza come limite allo svolgimento dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)*

L'ultimo riferimento alla «sicurezza» contenuto nella Prima parte della Costituzione si trova nell'art. 41, comma 2, Cost., ove si afferma che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla *sicurezza*, alla libertà, alla dignità umana».

La sicurezza sembra qui anzitutto riguardata come espressiva di una esigenza di salvaguardia dell'integrità psico-fisica dei lavoratori. La logica produttivistica non può legittimare la compromissione dei valori primari della salute, della sicurezza e della dignità, «che formano un tutto inseparabile in quanto il trinomio si desume dal “valore assoluto della persona umana sancito dall'art. 2 Cost.”»<sup>49</sup>. Su queste basi, la nostra Corte costituzionale ha potuto giustificare limitazioni all'iniziativa economica privata a favore non solo dei lavoratori dipendenti ma anche dei soci che prestino la loro attività per conto della società, nei cui confronti devono trovare applicazione le norme sull'igiene del lavoro e sui requisiti dei locali<sup>50</sup>. Su queste basi, il legislatore ha approntato una disciplina dell'organizzazione del lavoro ispirata al modello della prevenzione<sup>51</sup>.

Ma il limite della «sicurezza» può venire in rilievo anche in una direzione diversa da quella della tutela del lavoratore, ergendosi a garanzia per coloro che usufruiscono della prestazione lavorativa. Fino al punto da condizionare l'attività lavorativa qualora questa sia caratterizzata da profili di pericolosità. In tal senso mi pare possa leggersi la sent. n. 428 del 2008 della Corte costituzionale, avente ad oggetto la disciplina legislativa della Valle d'Aosta che regola lo svolgimento delle prestazioni professionali dei maestri di sci, svolte ad di fuori delle scuole di sci. L'esigenza di garantire la tutela dell'incolumità degli allievi rende legittima non solo la fissazione di un numero minimo di maestri per ciascuna scuola, che assicuri, tenuto conto delle caratteristiche degli impianti della località sciistica in cui si opera (in particolare della portata oraria degli impianti di risalita), un adeguato rapporto numerico maestri-allievi, ma anche una regolamentazione delle modalità con le quali può essere esercitata la predetta attività al di fuori delle scuole autorizzate, onde limitare i rischi connessi a questo sport.

In una accezione ancora più ampia, che sarà più avanti esaminata con riferimento anche ad altre previsioni costituzionali, il limite in parola potrebbe essere letto come strumentale a garantire la sicurezza nei rapporti giuridici, contribuendo a conformare, rispetto allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, intesi come elementi fondamentali e indispensabili dello Stato di diritto. In altre parole, i suddetti principi, per lo più

---

<sup>49</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., 48 s.

<sup>50</sup> Cfr. sent. n. 479 del 1987.

<sup>51</sup> Il riferimento va, anzitutto, al d.lgs. n. 626 del 1994 e al d.lgs. n. 81 del 2008.

ricavati dall'art. 3, comma 1, Cost, inteso quale sede del generale canone di ragionevolezza delle leggi, potrebbero assumere una connotazione peculiare, forte di uno specifico ancoraggio costituzionale, tale da giustificare interventi legislativi rivolti ad assicurare la tutela dei destinatari dell'attività economica. Sul punto assume rilievo preminente il tema della tutela dei diritti dei consumatori, oggetto di interventi normativi a livello nazionale e comunitario<sup>52</sup>, ovvero, se si vuole, la questione del bilanciamento tra interessi potenzialmente contrastanti, quali quelli dell'imprenditore e del consumatore. Bilanciamento che è talora condizionato da una specifica «preferenza» costituzionale dei diritti dei consumatori rispetto all'interesse al profitto dell'imprenditore, come senz'altro accade rispetto alle situazioni elencate nell'art. 43 Cost. il quale consente alla legge, «a fini di utilità generale», di disporre la riserva originaria o il trasferimento «allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti» di «determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a *servizi pubblici essenziali* o a *fonti di energia* o a *situazioni di monopolio* ed abbiano carattere di *preminente interesse generale*». Il soddisfacimento di tali bisogni, evidentemente «*ritenuti essenziali*, in quanto attinenti alla sicurezza, alla libertà e alla dignità della persona»<sup>53</sup>, non sempre può essere assicurato da forme autoritative di controllo o da riserve di imprese in mano pubblica, ma l'esigenza costituzionale della loro protezione legittima limitazioni legislative nel bilanciamento con gli interessi costituzionalmente protetti dall'imprenditore. Al punto da consentire di affermare che «la *situazione giuridica di alcuni diritti dei consumatori* goda di un "preferenza" costituzionale rispetto all'interesse al profitto dell'imprenditore per quanto riguarda i bisogni essenziali qualificati»<sup>54</sup>, tra i quali, a titolo meramente esemplificativo, possono essere pure annoverati quelli menzionati nell'art. 47, comma 1, Cost., a norma del quale «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

6. *Cenni sulle «altre» previsioni costituzionali in tema di sicurezza: «sicurezza dello Stato» e «ordine pubblico e sicurezza» come «materie» di potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lettere d e h, Cost.); la «sicurezza del lavoro» come «materia» di potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.); il «pericolo grave ... per la sicurezza pubblica» come giustificazione per l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti di Regioni ed enti*

---

<sup>52</sup> Sul tema si fa rinvio ai contributi del Convegno «Diritti dell'individuo e diritti del consumatore» svoltosi nel dicembre 2007 presso l'Università di Milano Bicocca, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>53</sup> F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, relazione al Convegno «Diritti dell'individuo e diritti del consumatore» svoltosi nel dicembre 2007 presso l'Università di Milano Bicocca, in corso di pubblicazione, § 19.

<sup>54</sup> F. MODUGNO, *loc. ult. cit.*

*locali (art. 120, comma 2, Cost.); lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta «per ragioni di sicurezza nazionale» (art. 126, comma 1, Cost.)*

Il termine «sicurezza» compare per cinque volte nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione, in tre casi con riferimento specifico alla disciplina costituzionale del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni (art. 117 Cost.).

Nell'ambito delle «materie» di potestà legislativa esclusiva statale sono richiamate «sicurezza dello Stato» e «ordine pubblico e sicurezza» (art. 117, comma 2, Cost., rispettivamente lettere *d* e *h*). La prima materia sembra evocare una competenza che si connette all'interesse dello Stato alla propria integrità territoriale. L'interesse alla «sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza» è stato in più occasioni riguardato come «supremo» dalla nostra Corte costituzionale<sup>55</sup>. Si tratta di un interesse che, come da ultimo ribadito dalla Corte a proposito della disciplina del segreto di Stato, è «presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico», e trova espressione, nel testo costituzionale, «nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria»<sup>56</sup>.

Con riguardo alla materia «ordine pubblico e sicurezza», essa è riferita dalla Corte costituzionale «all'adozione delle misure relative alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico»<sup>57</sup>. Secondo quanto precisato dalla Corte, «il contesto specifico della lettera *h*) del secondo comma dell'art. 117 – che riproduce pressoché integralmente l'art. 1, comma 3 lettera *l*), della legge n. 59 del 1997 – induce, in ragione della connessione testuale con “ordine pubblico” e dell'esclusione esplicita della “polizia amministrativa locale”, nonché in base ai lavori preparatori, ad un'interpretazione restrittiva della nozione di “sicurezza pubblica”», configurata appunto, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come «settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico (sentenza n. 290 del 2001)»<sup>58</sup>.

Peraltro, le competenze in materia di «sicurezza dello Stato» e di «ordine pubblico e sicurezza» sembrano spesso destinate ad operare congiuntamente, anche in concorso con altri titoli competenziali<sup>59</sup>. Basti ricordare, sul punto, la recente sent. n. 51 del 2008, nella quale la Corte si è trovata a giudicare di una disposizione legislativa statale che rimette a decreti del Ministero dei

---

<sup>55</sup> Cfr. sentt. n. 82 del 1976, 86 del 1977 e, da ultimo, 106 del 2009.

<sup>56</sup> Sent. n. 106 del 2009.

<sup>57</sup> Cfr. sentt. nn. 407 del 2002, 6, 162 e 428 del 2004, 95 del 2005, 222 e 237 del 2007.

<sup>58</sup> Sent. n. 407 del 2002.

<sup>59</sup> Le competenze indicate nel testo si prestano senz'altro a concorrere con quella riguardante l'«ordinamento penale» riservata allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.

trasporti, previa istruttoria effettuata dall'Enac, la definizione delle attività necessarie a garantire la sicurezza aeroportuale relativa al controllo bagagli e passeggeri, la ripartizione di tali attività fra gestori aeroportuali e vettori e la determinazione degli importi dovuti all'erario dai concessionari dei servizi di controllo esistenti in ambito aeroportuale e di quelli posti a carico dell'utenza. Questa norma – ha affermato la Corte – attiene alla materia della sicurezza dei passeggeri e degli operatori in ambito aeroportuale, che ricade nella «sicurezza dello Stato e ordine pubblico» e nella «protezione dei confini nazionali» e rientra, quindi, nella competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, comma 2, lettere *d*), *h*) e *q*), Cost.

Nel quadro delle attribuzioni allo Stato di competenze legislative esclusive, la «sicurezza» pare insomma declinata «in senso stretto» (*security*)<sup>60</sup>. Viceversa, la comprensione tra le materie di potestà concorrente della competenza in tema di «tutela e sicurezza del lavoro» (art. 117, comma 3, Cost.) permette di ritenere che le Regioni possano contribuire nella realizzazione di politiche per la sicurezza intesa «in senso lato» (*safety*). A venire in rilievo non sono solo le misure rivolte alla tutela dell'incolumità fisica del lavoratore, in specie attraverso la predisposizione di regole per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, ma più ampiamente le politiche di tutela e promozione del lavoro. Si parla, infatti, di «sicurezza *del* lavoro» e non (solo) di sicurezza *sul* lavoro. Le Regioni, pertanto, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale, possono contribuire nella elaborazione di misure rivolte ad assicurare la tutela e la sicurezza del lavoro, anche attraverso disposizioni dirette a regolare, favorendolo, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro<sup>61</sup>. Così, le Regioni ben possono perseguire l'obiettivo di favorire specifiche politiche per particolari categorie di lavoratori a rischio di esclusione sociale, quali i soggetti transessuali o *transgender*. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la disposizione della legge regionale toscana che afferma, a favore di questi ultimi, l'obiettivo di esprimere «specifiche politiche regionali del lavoro, quali soggetti esposti al rischio di esclusione sociale», la norma impugnata «non si pone in contrasto con l'art. 2 lettera *k*), del d.lgs. n. 276 del 2003, norma interposta, in quanto non amplia la definizione di “lavoratore svantaggiato” prevista

---

<sup>60</sup> B. CARAVITA, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 25/2004.

<sup>61</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. sentt. nn. 219 e 384 del 2005. Nello stesso senso anche la sent. n. 268 del 2007. In quest'ultima decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Puglia che prevedeva la conservazione dello stato di disoccupazione e dei relativi diritti in situazioni (instaurazione di un certo tipo di rapporti di lavoro, reddito da essi conseguito) nelle quali la legislazione statale, che determina i principi fondamentali della materia, prevede invece la perdita di tale condizione (decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 e successive modificazioni). La legge è dichiarata incostituzionale non perché la Regione non possa intervenire in materia, ma in quanto la disciplina in essa recata pretende di diversamente delineare un principio fondamentale, definendo lo stato di disoccupazione, con la fissazione delle evenienze che ne comportano la perdita. Ciò in contrasto la disciplina legislativa statale che ha definito lo «stato di disoccupazione» nonché le qualità, ai fini della disciplina sull'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, di «adolescenti», «giovani», «disoccupati di lunga durata», «inoccupati di lunga durata», «donne in reinserimento lavorativo» (art. 1 del d.lgs. n. 181 del 2000 e successive modificazioni), prevedendo poi le evenienze che conducono alla perdita dello stato di disoccupazione (art. 4 d.lgs. n. 181 del 2000) e, *a contrario*, le condizioni necessarie per conservarlo.

dalla disposizione statale»<sup>62</sup>. La norma risulta, peraltro, «conforme alla nozione di “lavoratore svantaggiato” delineata dalla disposizione statale che individua costui nel soggetto che versa in determinate situazioni oggettivamente rilevabili (ad esempio: lavoratori migranti, disoccupati di lungo periodo, invalidi fisici, psichici e sensoriali), non potendosi, al contrario, nei soggetti presi in considerazione dalla norma regionale impugnata, rinvenire alcun elemento oggettivo astrattamente idoneo ad accomunarli tra loro, così da farne una categoria autonoma»<sup>63</sup>.

Collegata con le norme costituzionali di allocazione delle competenze deve ritenersi l'altra previsione, contenuta sempre nel Titolo V, che contempla il «pericolo grave ... per la incolumità e la *sicurezza pubblica*» come giustificazione per l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti di Regioni ed enti locali (art. 120, comma 2. Cost.). Qui l'esigenza di fronteggiare un grave pregiudizio per la sicurezza pubblica consente al Governo di intervenire *a posteriori* per il caso di mancato o illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali. Si tratta di una delle ipotesi patologiche che consentono un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari<sup>64</sup>.

Ma qual è la nozione di sicurezza fatta propria dall'art. 120, comma 2, Cost.? Sembra possibile distinguerla da quella restrittiva sottesa all'art. 117, comma 2, lett. *h*), Cost. Una conferma in tal senso la si può trarre dalla giurisprudenza costituzionale, la quale nega che il «concetto di “sicurezza” utilizzato nella legislazione sull'energia come “sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica” e “sicurezza tecnica” possa essere confuso con la materia “ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale”, di cui alla lettera *h*) del secondo comma dell'art. 117 Cost.», interpretato come riferibile esclusivamente agli interventi finalizzati alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico. La Corte precisa che «tanto meno appare condivisibile l'opinione che i possibili effetti in termini di ordine pubblico del cattivo funzionamento del settore energetico potrebbero giustificare limiti preventivi ai poteri regionali, dal momento che – semmai – il verificarsi di situazioni di fatto di questo tipo potrebbe eventualmente legittimare l'attivazione degli speciali poteri sostitutivi del Governo sulla base di quel “pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica” che è presupposto espressamente contemplato dall'art. 120, secondo comma, Cost.»<sup>65</sup>. Si è pertanto sostenuto che la formula di cui all'art. 120, comma 2, Cost. esprima una nozione più ampia di sicurezza, che sta a quella di «ordine pubblico e sicurezza» di cui all'art. 117, comma 2, lett. *h*), Cost., «come il tutto sta a una parte»<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Sent. n. 253 del 2006.

<sup>63</sup> Così, ancora, Corte cost. sent. n. 253 del 2006.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2004.

<sup>65</sup> Corte cost., sent. n. 6 del 2004.

<sup>66</sup> B. CARAVITA, *op. cit.*

Dalla «sicurezza» in senso stretto, riferita all'incolumità delle persone, sembra potersi differenziare la «sicurezza nazionale» la cui protezione può, ai sensi dell'art. 126, comma 1, Cost., costituire ragione per lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta da parte del Presidente della Repubblica. Lo scioglimento eteronomo è configurato dall'art. 126 come istituto di natura eccezionale che, oltre all'ipotesi in parola, può essere utilizzato anche ove il Consiglio regionale o il Presidente della Giunta abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. In tale ambito lo scioglimento per ragioni di «sicurezza nazionale» sembra costituire un'ipotesi residuale, legata ad una situazione eccezionale tale da «compromettere un interesse indefettibile pertinente alla sfera comunitaria nazionale»<sup>67</sup>, quale «la coesione politica e costituzionale della Repubblica»<sup>68</sup>. Di qui il nesso tra la «sicurezza nazionale» e il principio di indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost., messo in particolare evidenza dalla dottrina al fine di differenziare il concetto in parola da quello di «sicurezza». Sebbene le fattispecie sembrino talvolta sovrapporsi, la distinzione rimarrebbe ferma in molti altri casi: «così, ad esempio, una cosa è la dichiarazione di *indipendenza regionale* votata da un Consiglio o anche l'indizione di un referendum regionale con finalità *secessioniste*», che non compromettono di per sé la incolumità delle persone ma rischiano di pregiudicare la «sicurezza nazionale», altra cosa è invece l'ipotesi in cui il Consiglio o la Giunta promuovano movimenti sediziosi sul territorio regionale «per favorire ... la secessione *violenta* di una parte del territorio nazionale», nel qual caso le ragioni di «sicurezza nazionale» sembrano sovrapporsi a quelle di «sicurezza» in senso stretto<sup>69</sup>.

#### 7. Considerazioni d'insieme: sul concetto di «sicurezza», alla luce delle sue traduzioni negli enunciati costituzionali

La «sicurezza» nelle sue varie declinazioni costituzionali sembra assurgere prevalentemente a «interesse della collettività», idoneo a limitare i diritti di libertà in funzione della assicurazione di «ordinato vivere civile».

Secondo quanto emerge dalla giurisprudenza costituzionale, il limite della sicurezza è volta a volta collegato a funzioni di prevenzione criminale, in vista delle quali può legittimare restrizioni della libertà personale e domiciliare (artt. 13 e 14 Cost.), a «ragioni di pubblico interesse», attinenti al «buon regime della cosa pubblica», le quali consentono limitazioni della libertà di circolazione

---

<sup>67</sup> E. GIZZI, *Lo scioglimento dei consigli regionali e l'amministrazione ordinaria delle Regioni*, Milano, 1966, 106.

<sup>68</sup> C. DE FIORES, *Commento all'art. 126*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, 2495.

<sup>69</sup> C. DE FIORES, *op. ult. cit.*, 2496. L'A. contrappone al concetto di «sicurezza nazionale» quello di «sicurezza pubblica». Nel testo ho preferito distinguere tra «sicurezza nazionale» e «sicurezza in senso stretto» (riferita alla protezione dell'incolumità delle persone), in quanto la nozione di «sicurezza pubblica» di cui all'art. 120 Cost. sembra assumere confini diversi e più ampi da quelli desumibili dalla formula «ordine pubblico e sicurezza» utilizzata nell'art. 117, comma 2, lett. h, Cost.

(art. 16 Cost.), a situazioni di concreto pericolo, che devono essere esaurientemente motivate, a fronte delle quali può essere vietato lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico (art. 17 Cost.). Fin qui la «sicurezza», sia pur diversamente modulata, sembrerebbe da intendere «in senso stretto», come *security* (riferita all'incolumità delle persone), assumendo sembianze che trovano traduzione nella attribuzione della competenza esclusiva in capo allo Stato per la disciplina della materia «sicurezza e ordine pubblico» (art. 117, comma 2, lett. *h*, Cost.), non a caso intesa dalla Corte costituzionale come riguardante l'«adozione delle misure relative alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico».

La sicurezza assume una diversa sembianza, che si collega, sia pure in diverso senso, all'interesse dello Stato alla protezione della propria integrità territoriale, allorché la Costituzione riserva in via esclusiva allo Stato la disciplina della materia «sicurezza dello Stato» (art. 117, comma 2, lett. *d*) e riconosce al Presidente della Repubblica il potere di scioglimento del Consiglio regionale e di rimozione del Presidente della Giunta per ragioni di «sicurezza nazionale» (art. 126, comma 1). Nel primo caso l'interesse sembra riferibile alla personalità internazionale dello Stato, traducendosi – come affermato dalla Corte costituzionale nella recente sentenza sul segreto di Stato – nell'«interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza»<sup>70</sup>. Nel secondo caso, l'interesse sembra legarsi al principio di indivisibilità della Repubblica e alle sottese esigenze di coesione politica e costituzionale.

In senso parzialmente diverso potrebbe essere riguardato il riferimento alla «sicurezza pubblica» contenuto nell'art. 120 Cost., in quanto si ritiene, anche in base a qualche riscontro nella giurisprudenza costituzionale, che esso consenta l'esercizio del potere sostitutivo del Governo anche al di fuori delle esigenze strettamente connesse al mantenimento dell'ordine pubblico. Così, come già è stato sottolineato, se lo Stato non può invocare una sua competenza legislativa esclusiva nella disciplina della sicurezza dell'approvvigionamento dell'energia elettrica, non potendo essa ricondursi alla materia «sicurezza e ordine pubblico» ma, semmai, a quella di potestà concorrente «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, comma 3, Cost.), tuttavia il mancato o illegittimo esercizio della competenza regionale che determini il cattivo funzionamento del settore energetico, producendo effetti in termini di ordine pubblico, può legittimare l'attivazione dei poteri sostitutivi riconosciuti al Governo per il caso di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica».

Ad un concetto senz'altro ampio di sicurezza, identificabile nella *safety* piuttosto che nella *security*, allude l'art. 117, comma 3, Cost., allorché individua tra le materie di potestà concorrente «la tutela e la sicurezza del lavoro». Il titolo competenziale in parola legittima un intervento delle

---

<sup>70</sup> Si tratta della già richiamata sent. n. 106 del 2009.

Regioni, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale, rivolto non solo ad assicurare una migliore protezione dell'incolumità fisica dei lavoratori (sicurezza *sul* lavoro), ma anche, ad esempio, a promuovere politiche a favore di soggetti a rischio di esclusione sociale nell'ambito del più generale obiettivo della realizzazione della sicurezza *del* lavoro.

In quest'ultima accezione, la sicurezza sembra cominciare ad assumere la sembianza di un interesse dell'individuo e non solo della collettività, collegandosi alle previsioni costituzionali che riguardano i diritti sociali dei lavoratori, nel solco dell'impegno della Repubblica a rimuovere le disuguaglianze di fatto e a promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro (artt. 3, comma 2, e 4, comma 1, Cost.).

Ma è nell'art. 41 Cost. che le due anime della sicurezza sembrano pienamente coesistere: l'iniziativa economica privata «non può svolgersi ... in modo da recare danno alla sicurezza». Qui il sintagma, come ampiamente dimostrato anche dalla giurisprudenza costituzionale, si presta a diverse letture, traducendosi sia in esigenza di salvaguardia dell'incolumità dei fruitori dell'attività economica, sia in istanza di protezione dell'integrità psico-fisica dei lavoratori, sia in garanzia della sicurezza nei rapporti giuridici, espressione parziale dei principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento con specifico riferimento alla posizione dei consumatori. In quest'ultima accezione la sicurezza sembra in grado di entrare finalmente in gioco nel bilanciamento in forma di diritto del consumatore che si contrappone all'interesse al profitto dell'imprenditore. Bilanciamento che può ben giustificare limitazioni alla libertà di svolgimento dell'iniziativa economica privata, la quale può essere compressa a favore del consumatore sia pure non oltre il punto che ne determini il completo sacrificio.

Trova pertanto conferma l'assunto di partenza per cui la sicurezza assume in prevalenza carattere oggettivo, quale esigenza di pubblico interesse o, meglio, quale «interesse obiettivo dello Stato, dell'ordinamento o della collettività nel suo complesso»<sup>71</sup>. Salvo l'apertura rinvenibile nella formula di cui all'art. 41 Cost., la possibilità di una «soggettivizzazione» della sicurezza sembra essere esclusa dal testo costituzionale<sup>72</sup>. Peraltro i pericoli insiti in una declinazione della sicurezza da interesse della collettività a diritto della persona sono stati ampiamente messi in evidenza dalla dottrina, soprattutto straniera. Penso, in particolare al vivace dibattito sviluppatosi negli ultimi anni in Francia, ove la dottrina tende a negare l'esistenza di un «diritto fondamentale alla sicurezza»<sup>73</sup>,

---

<sup>71</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 194.

<sup>72</sup> Cfr. il saggio di P. TORRETTA, «Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 451 ss., specie 459.

<sup>73</sup> La formula «*la sécurité est un droit fondamental*» compare non solo nell'art. 1, al. 2, della legge sulla «sicurezza quotidiana» n. 1062 del 15 novembre 2001, ma anche nell'art. 1, al. 2, della legge n. 73 del 21 gennaio 1995 e nell'art. 1, al. 2, della legge n. 239 del 18 marzo 2003.

malgrado l'insistenza del legislatore ordinario a qualificarlo per tale<sup>74</sup> o al perentorio rilievo di Denninger secondo il quale il diritto alla sicurezza costituirebbe più «una procura in bianco affidata allo Stato per ogni possibile intervento sulla libertà che non un “autentico” diritto fondamentale»<sup>75</sup>.

#### *8. Dalla sicurezza all'emergenza. Verso lo Stato di prevenzione?*

L'esigenza di sicurezza trova una sua peculiare manifestazione nelle situazioni di emergenza, nei periodi di crisi, in particolare di guerra e di terrorismo. Il termine emergenza evoca una circostanza imprevista, che determina una situazione di pericolo, uno stato di necessità, il quale richiede l'adozione di misure straordinarie rivolte, in ultima analisi, a preservare la stabilità dell'ordine costituzionale<sup>76</sup>.

Secondo una definizione proposta da uno studioso di storia della filosofia, l'emergenza è «una sporgenza rispetto a una linearità, o più esattamente la rottura imprevedibile di una continuità; in quanto tale, il sostantivo è indeclinabile, perché una ipotetica molteplicità di “sporgenze” modificherebbe la linearità da cui esse risultano, impedendo quindi di distinguere fra ciò che è lineare e ciò che sporge, e perché l'eventuale ripetizione della rottura di continuità toglierebbe a questa il proprio carattere continuo, conferendo altresì prevedibilità all'interruzione, e con ciò attribuendo contraddittoriamente regolarità alla discontinuità. L'emergenza, allora, non può che essere un evento singolare, imprevisto, eterogeneo rispetto ad altri, anomalo, in quanto sospende il *nomos* della linearità da cui sporge, transitorio, perché una permanenza della sporgenza la trasformerebbe in una linearità, pur se diversa dalla precedente»<sup>77</sup>.

Anche i giuristi sembrano aderire a questa ricostruzione, allorché considerano l'emergenza come situazione «patologica» ed «estrema» che «interrompe l'unificazione dell'ordinamento come

---

<sup>74</sup> V., tra gli altri, P. JOURDAIN, *Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité?*, in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques N° 7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, 83 ss.; D. TRUCHET, *L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: la question d'un droit à la sécurité*, in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droit fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, 2001, 310 ss.; M-A. GRANGER, *Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?*, Actes du VIIe Congrès français de droit constitutionnel, *Constitution, droit et devoirs*, Paris 26 et 27 septembre 2008, in [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org). Si vedano, inoltre, i contributi pubblicati nel volume curato da M. ARCARI – L. BALMOND, *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, 2009.

<sup>75</sup> E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, 38, che critica specificamente la qualificazione della sicurezza come diritto fondamentale proposta da J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Heidelberg, 1983.

<sup>76</sup> Cfr., sul punto, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 77 ss., che distingue, sotto il profilo funzionale, tra *crisi costituzionale* ed *emergenza*. In entrambe le ipotesi potrebbe parlarsi di «stato di eccezione», ma mentre nella prima (crisi costituzionale) esso assume carattere evolutivo in quanto ad essere messo in discussione è un determinato assetto dell'esercizio del dominio politico che si intende trasformare in vista della creazione di un nuovo ordine costituzionale, nella seconda (emergenza) assume carattere conservativo in quanto la deviazione provvisoria da alcune regole dell'ordinamento è compiuta in vista della preservazione della sua stabilità.

<sup>77</sup> U. CURI, *Il falegname e la norma*, in *Antigone*, n. 3-4, 1985.

espressione della sovranità del popolo e, quindi, della società organizzata»<sup>78</sup>. Si ritiene, in particolare, che il «caso di emergenza», in ragione della pericolosità e della criticità della situazione, autorizzi sia l'autorità pubblica sia il singolo individuo a fare quello che normalmente non potrebbero fare<sup>79</sup>, «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda»<sup>80</sup>.

L'emergenza pone, dal punto di vista giuridico, molteplici problemi, che qui mi limito ad evocare al solo fine di coglierne le connessioni. Va anzitutto sottolineato che la questione degli strumenti per fronteggiare le emergenze, ampiamente studiata dalla dottrina giuridica e non solo, evoca una problematica più generale, che spesso trascende la dimensione nazionale e riguarda la «gestione» delle situazioni di crisi<sup>81</sup>. Ne abbiamo, purtroppo, sempre maggiore consapevolezza a fronte delle emergenze determinate dal terrorismo o dalla attuale crisi economico-finanziaria, che sembrano richiedere risposte ai diversi livelli ordinamentali: internazionale, comunitario e interno. Non è certo questa la sede per ripercorrere criticamente le scelte (realizzate o possibili) per fronteggiare simili emergenze, per valutare l'adeguatezza degli strumenti ai quali si è fatto o si fa ricorso ai diversi livelli. Piuttosto sembra opportuno mettere da subito in evidenza il problematico rapporto tra ordinamento costituzionale e stati d'eccezione, che tanto ha interessato la dottrina costituzionalistica del XX secolo<sup>82</sup>, almeno al fine di sottolineare i rischi che possono essere determinati dalla

---

<sup>78</sup> V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 330. Il fatto emergenziale è riguardato da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 162 ss., come situazione dotata delle seguenti caratteristiche, «a) sopraggiunge in un certo tempo; b) è di durata provvisoria; c) non è previsto, dall'ordinamento normalmente vigente; d) è capace di ledere o mettere in pericolo interessi giuridicamente garantiti».

<sup>79</sup> G. M. SALERNO, *I diritti fondamentali nelle situazioni di emergenza*, in M. PATRONO (a cura di), *Studiando i diritti*, Torino, 2009, 226, che fa riferimento alla possibilità per il Governo di adottare atti con forza di legge in casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 Cost.) e alla non punibilità di colui che commette un fatto in pericolo di vita quando il comportamento non è provocato dal soggetto stesso e quando il comportamento è proporzionato al pericolo (art. 54 c.p.).

<sup>80</sup> La formula richiamata nel testo è presente, come noto, nell'art. 15, comma 1, Cedu, che ammette, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, che lo Stato contraente possa adottare misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione, «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda».

<sup>81</sup> Questi temi sono stati affrontati dalla dottrina italiana con particolare riguardo alle emergenze belliche e terroristiche. La recente bibliografia in argomento è assai copiosa. Mi limito a richiamare alcuni lavori non citati in altre note, ma di particolare rilievo anche per le questioni relative al bilanciamento tra libertà e sicurezza: M. DOGLIANI – S. SICARDI (a cura di), *Diritti umani e uso della forza*, Torino, 1999; C. DE FIORES, «L'Italia ripudia la guerra»? *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma, 2002; ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Liberà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Annuario 2003, Padova, 2007 (e ivi, in particolare, i contributi di De Vergottini e di Capotosti); P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e costituzione*, Torino, 2004; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2004; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004 (e ivi in particolare il cap. III dedicato alla legislazione antiterrorismo degli Stati Uniti d'America); S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006; A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, 2008 (in particolare la parte I); S. LORENZON – G. VACCARI – V. ZANETTI (a cura di), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Roma, 2008; M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009.

<sup>82</sup> Come è noto il problema di chi decide sullo stato d'eccezione è identificato con il problema stesso della sovranità nel pensiero di C. SCHMITT, *La dittatura* (1921), Bari, 1975, 204. «Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione» (C.

protrazione dei c.d. poteri di emergenza, inducendo ad una sorta di «normalizzazione» del fenomeno<sup>83</sup> cui corrisponde, inevitabilmente, un'erosione dei limiti al potere e con essa delle garanzie dei diritti.

È possibile sottoporre l'emergenza al diritto<sup>84</sup>? O, meglio, sono prefigurabili meccanismi costituzionali o legislativi che, pur ammettendoli, contengano i poteri di emergenza, impedendo che l'emergenza possa trasformarsi da eccezione a regola? Di recente, Ackerman ha proposto, con specifico riferimento all'ordinamento statunitense, di prefigurare una sorta di «Costituzione per l'emergenza», uno «statuto-quadro» (*framework statute*) che definisca presupposti, misure e limiti temporali entro i quali il Governo possa tutelare i cittadini a fronte delle più gravi situazioni di crisi. Secondo tale proposta, i poteri speciali potrebbero essere utilizzati dal Governo (nella specie dal Presidente degli Stati Uniti), nella stretta misura in cui la situazione lo richieda, solo per un breve periodo (due mesi), potendo essere rinnovati con una approvazione parlamentare a maggioranze gradualmente crescenti (60% per il primo rinnovo, 70% per il secondo, 80% per periodi ulteriori)<sup>85</sup>. Di là dai problemi «tecnici» determinati da una tale proposta (in Italia, visto il fallimento «nella pratica» della tesi che ammetteva la possibilità di autovincoli legislativi, la disciplina delle emergenze richiederebbe probabilmente una legge costituzionale), essa merita senz'altro di essere presa seriamente in considerazione, essendo animata dal condivisibile intento di evitare che lo Stato-apparato, approfittando della situazione di emergenza e dell'allarme sociale da essa

---

SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 33).

<sup>83</sup> In argomento v. il libro di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

<sup>84</sup> Un'analisi approfondita sulle discipline dell'emergenza fissate nelle Costituzioni del secondo dopoguerra è offerta da A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, specie 299 ss. L'Autrice propone una comparazione diacronica e sincronica che permette di individuare diversi «modelli», peraltro interpretando in chiave storica i «silenzii» delle Costituzioni italiana e austriaca, che non fissano alcuna regolamentazione dei regimi emergenziali diversi da quello bellico: «il silenzio costituzionale sul punto riflette essenzialmente il timore di “legalizzare” procedure volte a legittimare pericolose concentrazioni di potere nelle mani di un unico organo costituzionale» (330).

<sup>85</sup> B. ACKERMAN, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005, 58 ss., proposta poi affinata dallo stesso Autore in *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Milano, 2008, specie 7 ss., 116 ss. Più nel dettaglio, Ackerman propone un sistema di «scala mobile a maggioranze qualificate», che presuppone che «i presidenti non abbiano il potere unilaterale di dichiarare lo stato d'emergenza, eccetto che per l'una o le due settimane necessarie al Congresso per valutare la questione. I poteri emergenziali dovrebbero quindi svanire a meno che una maggioranza semplice, in entrambi i rami del parlamento, voti a favore della loro continuazione. Anche gli effetti di tale voto, però, saranno temporalmente limitati a due soli mesi. Il Presidente dovrà quindi ritornare in Congresso perché esso proroghi lo stato d'emergenza ma, questa volta, la maggioranza congressuale richiesta non sarà semplice ma qualificata, del 60%. Dopo altri due mesi, la maggioranza necessaria salirà al 70%; e quindi all'80% per ogni successiva estensione bimestrale» (7 s.). Il modello prefigurato da Ackerman ricorda quello adottato dalla Costituzione della Repubblica del Sudafrica (sezione 37), ove il Parlamento, a maggioranza semplice, può approvare uno stato di emergenza della durata di 21 giorni, prorogabile, sempre a maggioranza semplice, per non più di tre mesi; le ulteriori proroghe richiedono la maggioranza del 60%. Come sottolineato da Ackerman, la «scala mobile» ha in quest'ultimo caso due soli gradini (prima la maggioranza semplice, poi quella del 60% senza alcun ulteriore aggiustamento verso l'alto), il che «crea un problema in un paese come il Sudafrica, dove un solo partito politico vince regolarmente le elezioni con grandi maggioranze parlamentari: potrebbe essere possibile ottenere proroghe virtualmente infinite tramite i voti dettati dal partito» (131).

determinato, si impossessi ingiustificatamente di poteri eccezionali, che, come la storia dimostra, possono costituire il preludio a derive autoritarie.

Ma, al di là delle buone intenzioni di chi suggerisce il ricorso allo strumento legislativo per contenere i poteri governativi in situazioni di emergenza, siamo sicuri che tale suggerimento non possa portare ad esiti opposti? Se i «poteri eccezionali» comprendono anche la possibilità di sospendere i diritti costituzionali, non è forse pericolosa la loro stessa previsione? Disancorare i «poteri eccezionali» dall'ipotesi estrema di aggressione concretamente subita da uno Stato – o dalla più ampia e presunta legittimazione all'uso della forza per il ripristino della pace e della sicurezza violate<sup>86</sup> – può infatti significare aprire la strada a velleità autoritarie coltivate in nome della «sicurezza» dei cittadini. L'esigenza di sicurezza avrebbe qui una declinazione diversa, in quanto, ammantata come esigenza di fronteggiare un'emergenza (ambientale, economica, terroristica, ecc.), sarebbe idonea a legittimare una imprevista limitazione dei diritti costituzionali. Fuori dalla logica del bilanciamento, la «sicurezza», fattasi «emergenza», sarebbe insomma in grado di prevalere sugli interessi contrapposti potendone determinare il completo sacrificio.

Credo che di questo rischio si debba tenere massimamente conto anche nell'esame delle disposizioni della nostra Costituzione che, direttamente o indirettamente, riguardano le situazioni eccezionali e gli strumenti per farvi fronte.

Come è noto, la nostra Costituzione non disciplina espressamente i poteri di emergenza, limitandosi a consentire, in casi straordinari di necessità ed urgenza, il ricorso da parte del Governo ad atti provvisori con forza di legge (i decreti legge di cui all'art. 77) e a prevedere che il Parlamento, deliberato lo stato di guerra (la cui dichiarazione compete poi al Presidente della Repubblica: art. 87, comma 9), conferisca al Governo i «poteri necessari» (art. 78 Cost.)<sup>87</sup>.

In assenza di una esplicita disciplina per fronteggiare le emergenze che consenta l'eventuale sospensione dei diritti costituzionali, piuttosto che invocare la necessità come fonte autonoma del diritto<sup>88</sup>, si ritiene preferibile il ricorso al decreto legge, atto dotato di efficacia «provvisoria» e

---

<sup>86</sup> Secondo l'interpretazione dell'art. 11 Cost. sviluppatasi nella prassi, il riferimento alle «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», che accompagna la generale previsione del divieto della guerra quale mezzo di risoluzione delle controversie, permetterebbe, a fini interni, di attribuire rilievo e legittimazione costituzionale a missioni militari volte al ripristino della pace e della sicurezza violate, secondo quanto previsto dall'art. 42 dello Statuto ONU. Le operazioni di polizia internazionali sarebbero pertanto da annoverare nel fenomeno bellico cui si riferisce l'art. 78 Cost.

<sup>87</sup> Con riguardo alle c.d. emergenze interne potrebbero forse venire in rilievo sia l'art. 120, comma 2, Cost., laddove prevede che in casi di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» il Governo possa sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, sia l'art. 126 Cost. che disciplina le ipotesi di scioglimento del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta, facendo riferimento al compimento da parte degli stessi di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, nonché a «ragioni di sicurezza nazionale». Su tali istituti v. *supra* par. 6.

<sup>88</sup> Per una critica rispetto alla considerazione della necessità come fonte «autonoma del diritto» (tesi sostenuta in particolare da Orlando e Santi Romano) v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 339 ss., il quale tra l'altro rileva che il ricorso ad essa potrebbe in pratica risolversi, «*more italico*,

temporalmente limitata<sup>89</sup>. Salvo ad ammettere la possibilità di ricorrere anche nella specie al procedimento di cui all'art. 78 Cost.<sup>90</sup>, interpretando lo stesso nel senso sia «*di ammettere l'estensione analogica ai casi di guerra non dichiarata*», sia nel senso di ricavarne «*un'autorizzazione parlamentare a disciplinare preventivamente e "una tantum", con tutte le conseguenze del caso, le ipotesi di stati o regimi di emergenza*»<sup>91</sup>. Quest'ultima interpretazione è stata sostenuta sia nel senso di permettere al Parlamento di conferire, *di volta in volta*, al Governo i poteri necessari a fronteggiare le emergenze, sia nel senso di ammettere che il Parlamento, «*attraverso una sorta di autolimitazione del proprio potere ... stabilisca, una volta per tutte, che, in presenza di emergenze, queste siano gestite dal Governo per mezzo di poteri che il Parlamento abbia ad esso conferito preventivamente*»<sup>92</sup>. Peraltro, secondo la proposta avanzata da Modugno e Nocilla, la predeterminazione *una tantum* degli stati di emergenza, poi attivati sulla base di tale previsione normativa, non escluderebbe, anzi imporrebbe, il riconoscimento dello stato di emergenza con delibera o ratifica del Parlamento, come pure il vaglio parlamentare dei provvedimenti adottati e delle misure predisposte dal Governo, al fine di saggiarne la «*corrispondenza ai poteri, preventivamente e una tantum conferiti*» e la idoneità al «*raggiungimento dello scopo di ripristinare la situazione di normalità*»<sup>93</sup>.

---

nell'attribuzione ai prefetti, con delibera del Consiglio dei ministri o peggio, del solo Ministro dell'Interno, di illegittimi poteri d'ordinanza».

<sup>89</sup> Cfr. A. PACE, *op. ult. cit.*, 340 (v. anche ID., *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 402, nota 59). Fuori dall'ipotesi della guerra contemplata dall'art. 78 Cost., l'art. 77 Cost. «è l'unica norma sulla normazione, nel nostro ordinamento, che consente di provvedere nell'emergenza, ossia è norma di chiusura del sistema» (F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 467; cfr. anche ID., *Atti normativi*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, 11). Indicazioni importanti nel senso dell'ammissibilità di una sospensione dei diritti costituzionali mediante il ricorso al decreto legge in C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 843. Sulla questione relativa al procedimento con il quale convertire i decreti legge che incidano in materia costituzionale v., con diversità di posizioni: F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. IV, 574 ss. (il quale ipotizza l'adozione da parte del Governo di un decreto-legge straordinario da convertirsi in legge costituzionale; sul punto v. pure A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, 346); C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 850 e F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 11 (i quali ritengono che la conversione debba comunque avvenire con legge ordinaria); C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 328 (il quale ritiene che tali decreti non possano essere convertiti, semmai essendo possibile la loro sanatoria). Per una dettagliata analisi delle diverse posizioni espresse dalla dottrina v. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, 360 ss. e 384 ss., nonché ora P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 208 ss.

<sup>90</sup> Cfr., in particolare, C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Milano, 1981, 119 ss., secondo il quale l'art. 78 Cost., considerato come «*contronorma di chiusura dell'ordinamento*» sarebbe applicabile «non solo allo stato di emergenza bellica sia esterna che interna, ma anche a tutte quelle circostanze (tali possono essere ad esempio, le crisi economiche di eccezionale gravità, ovvero ipotesi di emergenza straordinarie del tipo di una crisi energetica) che possono essere definite di "necessità costituzionale"», le quali richiedano «*misure di sospensione di norme costituzionali*».

<sup>91</sup> F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, vol. III, 533.

<sup>92</sup> F. MODUGNO – D. NOCILLA, *op. ult. cit.*, 534.

<sup>93</sup> F. MODUGNO – D. NOCILLA, *op. ult. cit.*, 535.

Questa tesi, pur avendo l'indubbio merito di conservare in capo al Parlamento un ruolo centrale nella gestione delle situazioni di emergenza, sembra difficilmente conciliabile con le coordinate prima definite, almeno nella parte in cui sembra postulare l'opportunità di una *legge che disciplini in via generale e astratta gli stati di emergenza*. Non solo perché attribuisce alla legge ordinaria, presupponendo che l'art. 78 Cost. ne sia sufficiente base, la possibilità di disciplinare, ben al di là dei limiti desumibili dall'art. 11 Cost.<sup>94</sup>, gli stati di emergenza o le mere situazioni di pericolo consentendo al potere esecutivo di sospendere le garanzie costituzionali (che sia preferibile, ove si intenda disciplinare tali stati, la via della integrazione costituzionale, ai sensi dell'art. 138 Cost., è d'altra parte sostenuto dagli stessi Autori prima richiamati). Ma, soprattutto, per ragioni di carattere sostanziale, che peraltro, pur riferite ancora all'impossibilità di ricorrere ad una legge ordinaria sulla difesa e sulla sicurezza dello Stato che consenta di derogare alla Costituzione, sembrano precludere la strada anche ad una integrazione costituzionale in tal senso. Paladin sostiene, infatti, che l'eventuale ricorso alla legge ordinaria potrebbe ben apparire come un espediente assai pericoloso, «giacché la salvezza della Repubblica può essere il velo dietro il quale si nascondono velleità autoritarie, deliri di onnipotenza, dissociazioni del potere dalle regole del suo democratico esercizio»<sup>95</sup>. Argomento, quest'ultimo, che in realtà, come sopra accennavo, induce a ritenere non opportuna nemmeno la strada della integrazione costituzionale, lasciando *fuori dalla Costituzione*, ma non per questo, come vedremo, sottraendola al *vincolo del diritto*, la questione delle emergenze o meglio rimettendo la sua soluzione ai rimedi straordinari ivi previsti e di volta in volta attivabili (decreto legge e deliberazione-dichiarazione dello stato di guerra). Rimedi che, secondo le previsioni contenute negli artt. 77 e 78 Cost., inducono senz'altro a rilevare «una *primazia in posizione* del Parlamento e una *primazia in funzione attiva* (operativa) del Governo»<sup>96</sup>, ma non a legittimare, sulla base di tale «principio generale che presiede alla ripartizione dei compiti e ai rapporti tra i due organi costituzionali»<sup>97</sup>, una estensione analogica delle previsioni costituzionali alle situazioni di emergenza non disciplinate dalla Costituzione.

Le riflessioni critiche di Paladin, sopra in larga parte richiamate, conducono a conclusioni radicali, implicando non solo che la deliberazione di cui all'art. 78 sia da intendere come strettamente preordinata alla dichiarazione dello stato di guerra da parte del Presidente della

---

<sup>94</sup> Sul punto v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 231, il quale insiste sul fatto che la nozione costituzionale della guerra presuppone, secondo quanto disposto dall'art. 11 Cost., una qualche aggressione esterna, con la conseguente impossibilità di usare l'art. 78 Cost. «per fronteggiare mere situazioni di pericolo» o guerre civili, «a meno che tali conflitti si leghino – come accade sovente – ad aggressioni indirette».

<sup>95</sup> L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 232.

<sup>96</sup> F. MODUGNO – D. NOCILLA, *op. ult. cit.*, 538.

<sup>97</sup> F. MODUGNO – D. NOCILLA, *loc. ult. cit.*

Repubblica (art. 87, comma 9)<sup>98</sup> e non idonea ad essere utilizzata per fronteggiare emergenze diverse da quelle belliche<sup>99</sup>, ma anche che il decreto legge, pur utilizzabile per fronteggiare le «altre» emergenze, non possa essere strumento idoneo a determinare sospensioni o deroghe di norme costituzionali<sup>100</sup>. Ove mai il Governo utilizzasse a tale ultimo fine lo «schema» del decreto legge, si dovrebbe ritenere che esso sia «utilizzato al di fuori del vigente ordinamento degli atti normativi (anche se le Camere potrebbero, *a posteriori*, liberare l'esecutivo dalle conseguenti

---

<sup>98</sup> Nonché idonea a determinare altre conseguenze costituzionalmente prestabilite: la proroga delle Camere (art. 60, comma 2, Cost.: «la durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra»); la speciale competenza dei tribunali militari che, in tempo di pace, hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate, mentre «in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge» (art. 103, comma 3, Cost.); la derogabilità della norma sulla impugnabilità in Cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale, espressamente prevista «soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra» (art. 111, comma 7, Cost.).

<sup>99</sup> L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 224 s. V. anche F. SORRENTINO, *Riflessioni su guerra e pace tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. III, 619 ss., specie 623.

<sup>100</sup> L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 240. La questione relativa alla possibilità di sospendere l'esercizio dei diritti costituzionali in situazioni eccezionali è stata affrontata dall'Assemblea Costituente, anche con riguardo all'eventuale utilizzo a tale fine del decreto legge. Si ricorda la proposta dell'on. Crispo, poi decaduta, di introduzione di un articolo che avrebbe dovuto sancire quanto segue: «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi» (Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947). Al riguardo, l'on. Lucifero aveva rilevato quanto segue: «Non è il concetto della libertà che sia fuori della natura, è il sentimento della libertà nella sua vera essenza, che sa di poter trovare dei limiti in se stessa, sa che certe volte possono esserle imposti limiti dall'esterno; ma non codifica i limiti e non può permettere che si torni nella legge agli stati di assedio o alla sospensione dei diritti di libertà. Dove si consacra in una legge che i diritti di libertà possono essere sospesi, onorevoli colleghi, in quel Paese la libertà già non esiste più» (Assemblea Costituente, seduta del 17 ottobre 1947). La questione era peraltro stata già affrontata dalla prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione nella seduta del 2 ottobre 1946, nella quale fu discusso un articolo la cui formulazione era stata ripresa dall'art. 19 della Costituzione francese: «L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. // Tuttavia allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. // Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato, nelle medesime forme. // Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità. // Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali». L'on. Togliatti si mostrò contrario all'articolo ricordando che lo «stato d'assedio è stato proclamato molte volte a scopo di sopprimere la libertà ed impedire lo sviluppo della democrazia. Una volta soltanto è stato proclamato in funzione antifascista ed è durato tre quarti d'ora. Queste esperienze non devono essere dimenticate». L'unica eccezione, secondo quanto rilevato anche dall'on. Lucifero doveva essere quella della guerra. Anche l'on. Dossetti osservava che «l'articolo è pericoloso: esso può portare alla soppressione totale di tutte le libertà costituzionali, di tutte le garanzie». Peraltro, secondo l'on. Basso, ove fosse stato disciplinato lo stato di pericolo, per la relativa proclamazione non si sarebbe potuta considerare sufficiente la ordinaria forma legislativa, dovendosi prevedere una maggioranza qualificata, nonché specificare quali diritti potessero essere sospesi. A fronte del rilievo dell'on. Caristia per cui «nel caso concreto della dichiarazione dello stato d'assedio», l'intervento del Governo avrebbe dovuto precedere quello del potere legislativo, trattandosi di provvedimento di urgenza, la risposta dell'on. Lucifero fu drastica: «ciò che si vuole impedire è proprio che lo stato d'assedio sia proclamato dal Governo». L'11 gennaio del 1947 la prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, dopo una ampia discussione in ordine all'opportunità di vietare espressamente lo stato d'assedio o di disciplinare in Costituzione questo istituto, giunse a votare il seguente articolo proposto dall'on. Fabbri: «È vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione». Ma resta il fatto che tale espresso divieto non ha trovato riscontro nel testo della Costituzione, essendo il tema ignorato deliberatamente da parte del *plenum* (con un atteggiamento ritenuto da L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 230, «tanto più significativo, in quanto le misure straordinarie da adottare nei casi di emergenza erano ben note e sperimentate nell'ordinamento statutario-fascista»).

responsabilità)»<sup>101</sup>. In sostanza, il provvedimento con il quale si suspendessero disposizioni costituzionali avrebbe comunque e sempre il carattere di fonte *extra ordinem*<sup>102</sup>.

Molte sarebbero le implicazioni di queste considerazioni bisognevoli di approfondimento, ma, limitandomi al tema del bilanciamento, da esse dovrebbe desumersi che la sospensione o la deroga di norme costituzionali sia da ammettere soltanto in caso di emergenza bellica, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e nel rispetto delle procedure indicate dall'art. 78 Cost. In questa prospettiva, il «gioco del bilanciamento» assumerebbe una connotazione diversa dall'ordinario soltanto nell'ipotesi bellica, potendo legittimare il totale sacrificio dell'interesse che si contrapponga all'esigenza di fronteggiare l'emergenza. Il bilanciamento si tradurrebbe qui esclusivamente in una valutazione di proporzionalità e adeguatezza della misura emergenziale, che peraltro dovrebbe necessariamente connotarsi come temporanea (per il tempo della guerra).

Le conclusioni appena delineate meritano di essere valutate alla luce della giurisprudenza costituzionale, la quale sembrerebbe trattare le ipotesi di emergenza «interna» secondo canoni non troppo dissimili da quelli prima enunciati per l'emergenza bellica. Penso, in particolare, alla famosa sent. n. 15 del 1982, avente per oggetto le misure adottate con il d.l. 625 del 1979, convertito dalla legge n. 15 del 1980, rivolte a fronteggiare fenomeni contingenti di terrorismo ed eversione. Le disposizioni censurate prevedevano il prolungamento di un terzo dei termini di custodia preventiva per i delitti di terrorismo (sino a due anni ed otto mesi riguardo al periodo intercorrente tra rinvio a giudizio e processo di primo grado e, complessivamente, sino a dieci anni ed otto mesi), ritenuto dai giudici *a quibus* in contrasto con gli artt. 13, commi 1, 2 e 5, e 27, comma 2, Cost., essendo travalicati quei «ragionevoli limiti senza l'osservanza dei quali la legge si pone in contrasto con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza». La risposta della Corte si articola principalmente sul piano della ragionevolezza della disposizione censurata, riguardata alla luce dell'*occasio legis* (esigenza di tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica) e della specifica *ratio* («obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali

---

<sup>101</sup> L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 241.

<sup>102</sup> L. PALADIN, *loc. ult. cit.* Sul punto v. anche P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, 2002, 4520, sia pure con specifico riferimento al problema dell'utilizzo del decreto legge per fronteggiare l'emergenza bellica. Carnevale nega la sostanziale fungibilità tra regime *ex art. 77* e regime *ex art. 78 Cost.*, sottolineando come la prescrizione contenuta in quest'ultima disposizione «non conferisce alle Camere soltanto una potestà decisoria, bensì anche e prima di tutto una funzione certificatoria che si sostanzia *nell'attestare l'esistenza della circostanza dell'emergenza bellica*. Il suddetto riconoscimento “*in via esclusiva*” alle Camere non consente di annoverare la condizione di guerra fra quei casi di necessità e urgenza che legittimano la potestà decretizia dell'Esecutivo» (p. 4521). La possibilità di adottare misure derogatorie rispetto alle previsioni costituzionali appare qui condizionata dalla attestazione *ex art. 78 Cost.* («l'emergenza bellica ... non può essere semplicemente “presupposta” al fine di adottare singoli provvedimenti eccedenti il disponibile con legge ordinaria») per cui eventuali decreti governativi che a fronte di un'emergenza bellica dispongano la «sospensione costituzionale» «avranno solo l'apparenza – la forma esteriore – del d.l. *ex art. 77 Cost.*, risultando ... dei simulacri di quest'ultimo, perché sostanzialmente eccedenti l'ambito di operatività di un atto con forza di legge; da qualificarsi piuttosto come degli atti *extra ordinem, quodammodo* ingabbiati nella struttura procedimentale prescritta per i decreti-legge, a fini sostanzialmente di garanzia» (p. 4524).

concernenti i reati in questione»). La Corte afferma che «di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento .... Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza», non spettando ad essa sindacare «se il prolungamento dei suddetti termini sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo terrorismo ed eversione». Ma la insindacabile «scelta operata in tema di politica criminale dal potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la libertà e, prima ancora, la vita dei singoli e dell'ordinamento democratico», essendo legata ad uno «stato di emergenza», non può protrarsi indebitamente nel tempo: «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 protrate nel tempo». Peraltro, il prolungamento dei termini di carcerazione preventiva non deve essere tale comportare una «sostanziale vanificazione della garanzia». La Corte rigetta così la questione, invitando il legislatore ad adottare «misure atte ad adeguare l'ordinamento giudiziario ai tempi, quale sarebbe ... una più razionale ed efficiente organizzazione, ad ogni livello, degli uffici giudiziari, in personale e mezzi, che sia in grado di soddisfare con sollecitudine le nuove e maggiori esigenze proprio là dove e quando esse si verificano. È un compito, questo, al quale il legislatore non può più sottrarsi in coerenza con le altre misure urgenti ed eccezionali adottate». La Corte pare così, con semplici «moniti», quasi voler «controbilanciare il sacrificio delle garanzie», attraverso «inviti» definiti, in una recente rilettura della sentenza, «assai impacciati» e comunque «eccentrici rispetto al tema di fondo», che «sembrano piuttosto rispondere ad una sorta di cattiva coscienza per la decisione di infondatezza adottata sullo specifico tema della durata della carcerazione preventiva»<sup>103</sup>. Si può, dunque, affermare che, nella specie, l'emergenza abbia inciso sull'efficacia delle norme costituzionali concernenti le libertà fondamentali? Paladin risponde negativamente, ritenendo che l'emergenza abbia qui inciso non sull'efficacia ma sulla interpretazione delle disposizioni costituzionali. È l'unico modo per evitare di leggere la sentenza n. 15 del 1982 come smentita della tesi secondo la quale il decreto-legge non sarebbe strumento idoneo a determinare sospensioni o deroghe di norme costituzionali. «Questa giurisprudenza – sostiene Paladin – non coinvolge affatto la problematica della sospensione di determinate norme costituzionali», piuttosto «attiene ... al peso spettante alle situazioni di emergenza nel *bilanciamento dei valori* costituzionalmente rilevanti (e nel conseguente sindacato sulla giustificatazza delle scelte legislative

---

<sup>103</sup> G. NEPPI MODONA, *La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata*, in T. GROPPi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, cit., 90, il quale, anche richiamando la successiva sent. n. 38 del 1985, sottolinea la «prudente cautela» con cui la Corte è intervenuta in materia. Sulla sent. n. 15 del 1982 v. L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. Cost.*, 1982, 98 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza*, ivi, 108 ss.

ordinarie ...); senza però che le norme in questione siano formalmente derogate (e senza riflettersi, dunque, sul sistema delle fonti normative)»<sup>104</sup>.

Indicazioni più significative riguardo al rapporto tra diritti fondamentali e legislazione dell'emergenza sono rinvenibili nella giurisprudenza di altri Paesi concernente la normativa antiterrorismo. Basti pensare alle importanti decisioni in materia delle Corti supreme degli Stati Uniti e di Israele, nelle quali è più volte affermato che il rispetto della legalità è condizione essenziale nella risposta al terrorismo<sup>105</sup>.

Guardando specialmente alla giurisprudenza della Corte suprema d'Israele, più che il richiamo alla «proporzionalità» come criterio per la valutazione dell'azione dello Stato – che impone di considerare non solo la congruità e l'adeguatezza ma anche la coerenza e la non contraddittorietà della singola misura<sup>106</sup> – ciò che desta particolare interesse è la piena consapevolezza che «una decisione sbagliata in tempo di guerra e di terrorismo incide sull'orientamento della giurisprudenza anche dopo che la crisi è passata»<sup>107</sup>. Come sottolineato dal Presidente della Corte israeliana Aharon Barak «la lotta al terrorismo non va condotta *fuori* dalla legge, ma *dentro* la legge, usando gli strumenti che la legge mette a disposizione dello Stato democratico»<sup>108</sup>. Di qui la necessità di quello che Barak definisce «approccio equilibrato» nella lotta contro il terrorismo. Partendo dall'assunto per cui i diritti umani non possono giustificare un indebolimento della sicurezza nazionale – in una decisione della Corte israeliana si legge che «i diritti civili dipendono dall'esistenza dello Stato, ed essi non possono essere trasformati in una vanga con cui seppellirlo»<sup>109</sup> – Barak sottolinea significativamente che «la sicurezza nazionale non può giustificare l'insicurezza dei diritti umani in nessun caso e circostanza. La sicurezza nazionale non

---

<sup>104</sup> L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 602.

<sup>105</sup> Come sottolineato da G. M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Roma «La Sapienza» il 6 dicembre 2007, Napoli, 2009, 81, per entrambe le Corti «la lotta al terrorismo rimane *all'interno* e mai fuori dai limiti della legge». Significativa sul punto l'affermazione della Corte suprema degli Stati Uniti per cui il rispetto della legalità è condizione essenziale nella risposta al terrorismo, dovendo le misure predisposte per fronteggiarlo assicurare il diritto di difesa a prescindere dalla nazionalità (in particolare il diritto a ricorrere davanti a un tribunale degli Stati Uniti contro il provvedimento detentivo): *Hamdi v. Rumsfeld, Secretary of Defense*, 542 U.S. (2004), riguardante il caso di un cittadino americano Yaser Esam Hamdi, residente in Arabia Saudita, arrestato in Afghanistan in quanto ritenuto «*enemy combatant*» («nemico combattente») e detenuto per quasi due anni a Guantanamo. La Corte rileva la violazione del principio del *due process of law*, in quanto ad Hamdi, considerato come «*enemy combatant*» senza alcun accertamento da parte di un giudice, era stata negata la possibilità di difendersi di fronte a un tribunale. Per un quadro esaustivo sulla giurisprudenza nordamericana in tema di legislazione antiterrorismo v. ora il lavoro monografico di C. BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, in corso di pubblicazione.

<sup>106</sup> Cfr. G. M. FLICK, *op. cit.*, 82 s., il quale ritiene che da tale atteggiamento giurisprudenziale possa desumersi «l'ispirazione ad un agire dello Stato che sia essenzialmente *ragionevole*».

<sup>107</sup> A. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit., 39, ove richiama un passo di analogo contenuto di una decisione della Corte suprema di Israele: H CJ 7052/03 *Adalah v. The Minister of Interior*, in *Israel Law Reports*, 2006, 34.

<sup>108</sup> A. BARAK, *op. cit.*, 42.

<sup>109</sup> Si tratta di un passo riportato da A. BARAK, *op. cit.*, 43, contenuto in C.A., 2/84, *Neiman v. Chairman of Cent. Elections Comm. For Eleventh Knesset*, 39(2) P.D. 225, 310.

garantisce un'illimitata licenza di ledere gli individui»<sup>110</sup>. Il bilanciamento tra sicurezza e libertà «poggia sull'idea che in democrazia non tutti i mezzi sono accettabili»<sup>111</sup>. «La *sicurezza* – si legge in un'altra importante decisione della Corte israeliana riguardante la proibizione della tortura in qualsiasi circostanza – *non è al di sopra di tutto*»; «l'adozione di mezzi fisici (la “tortura”) senza dubbio accrescerebbe la sicurezza ... ma noi riteniamo che la nostra democrazia non sia disposta ad adottarli, anche a prezzo di un sicuro danno alla sicurezza»<sup>112</sup>. È in questa cornice che si inserisce la valutazione di «proporzionalità», in un bilanciamento che non comporta un sacrificio *a priori* dei diritti. Anzi, il punto di partenza del ragionamento compiuto dalla Corte di Israele sembra essere quello della protezione del diritto contro indebite restrizioni compiute in nome della sicurezza. Così, nella sentenza sopra richiamata è stato possibile affermare l'incostituzionalità di una norma che stabiliva il divieto temporaneo di riunione familiare tra gli israeliani e i loro coniugi provenienti dalla Sponda Occidentale o da Gaza. La *ratio* della previsione, o meglio l'*occasio legis*, era stata data dal fatto che in ventisei casi mogli non israeliane che avevano beneficiato del ricongiungimento familiare in Israele erano state coinvolte in attività terroristiche. Ma, nonostante il rilevato pericolo, la Corte ha ritenuto incostituzionale la norma perché incideva, «in modo sproporzionato» sul diritto all'unione familiare<sup>113</sup>.

Si potrà allora ben dire – riprendendo una felice espressione utilizzata da Barak in una sua sentenza – che «a volte la democrazia combatte con una mano legata dietro la schiena», ma insieme non si potrà negare che, «nonostante ciò, la democrazia prevale, dal momento che preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce un'importante componente della sicurezza in una democrazia. Alla fine, essi rafforzano sia la democrazia che il suo spirito, permettendole di superare le sue difficoltà»<sup>114</sup>.

Proprio a partire dalle molte suggestioni sul tema della sicurezza provenienti dalla lettura delle decisioni della Corte di Israele e dalle affermazioni contenute in un'altra pronuncia di quest'ultima secondo le quali «non c'è sicurezza senza legge» e «lo stato di diritto è un elemento della sicurezza nazionale»<sup>115</sup>, Giovanni Maria Flick ha di recente sottolineato che «non vi può essere sicurezza senza legalità, così come non vi può essere legalità senza rispetto della dignità, ai suoi vari livelli: quella della vittima, ma anche quella dell'autore del reato; quella dei valori della sicura convivenza sociale, ma anche quella degli stessi diritti da tutelare»<sup>116</sup>. Il rischio, rilevato da Flick – con

---

<sup>110</sup> A. BARAK, *op. cit.*, 44.

<sup>111</sup> A. BARAK, *op. cit.*, 46.

<sup>112</sup> H.C.J. 7052/03 *Adalah V. The Minister of Interior*. Il passo è richiamato da A. BARAK, *op. cit.*, 47 s.

<sup>113</sup> A. BARAK, *loc.ult. cit.*

<sup>114</sup> H.C.J. 5100/94, *Pub. Comm. Against Torture in Isr.v. Gov't of Israel*, 53(4), P.D: 817, 845. Il passo è richiamato da A. BARAK, *op. cit.*, 47.

<sup>115</sup> H.C.J. 428/86, *Barzilai v. Gov't of Israel*, 40(3) P.D. 505, 622. Il passo è richiamato da A. BARAK, *op. cit.*, 59.

<sup>116</sup> G. M. FLICK, *op. cit.*, 76.

espressioni poi testualmente riprese dal Presidente della Camera Fini in una recentissima occasione sia pure con riferimento alla questione dell'immigrazione – è che vi possa essere «una sorta di “cronicizzazione” e di “normalizzazione” dell'emergenza, idonee a trasformare il ricorso a misure eccezionali – quali, ad esempio, la limitazione o la sospensione dei diritti fondamentali – in una sorta di prevenzione senza fine, giustificata dal pericolo del terrorismo»<sup>117</sup>.

La concretezza di questo rischio è chiaramente percepibile nella continua evocazione della «emergenza» come giustificazione degli interventi rivolti a prevenire la realizzazione di rischi di ogni tipo. Troppo spesso si trascura, però, il fatto che le strategie di prevenzione intese a produrre e a garantire la «massima sicurezza» finiscono per «distruggere la certezza del diritto», la quale «richiede la calcolabilità e la limitatezza delle norme, degli interventi e delle reazioni dello Stato», caratterizzando lo Stato di diritto<sup>118</sup>. Ai temi del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione e delle sue immediate implicazioni ha dedicato formidabili pagine Denninger<sup>119</sup>. La *prevenzione*, «sorella prudente della *sicurezza* moderna»<sup>120</sup>, legittima «l'allargamento delle competenze dell'esecutivo, frutto di una concezione che usa le categorie di prevenzione e di efficienza», sulla base di una presunta competenza ad intervenire ricavata da una certa interpretazione della Costituzione<sup>121</sup>. Le parole di Denninger sono talmente condivisibili che mi limito a richiamarle senza alcuna chiosa: «sotto il pretesto ... di allargare la sua offerta di tutela, lo Stato non può elevare illimitatamente la sua richiesta di obbedienza, cioè in altre parole: diminuire progressivamente la sfera di libertà del singolo. Proprio questo rapporto viene oscurato quando oggi si parla di un vasto e vago diritto fondamentale alla sicurezza (*Grundrecht auf Sicherheit*). La denominazione come “diritto fondamentale”, che in verità non è nient'altro che l'autorizzazione

---

<sup>117</sup> G. M. FLICK, *loc. cit.* Flick ha peraltro sottolineato che «in breve, il pericolo è quello di enfatizzare e di strumentalizzare paure ed insicurezze sociali per veicolare limiti alle libertà, secondo il criterio dell'innesto all'apparenza innocuo e senza effetti collaterali». Le medesime parole, pur riferite principalmente al tema della immigrazione, sono state utilizzate dal Presidente della Camera Gianfranco Fini in una *lectio magistralis* organizzata dal Centro culturale del Duomo di Mestre il 4 aprile 2009. Tali considerazioni, ormai attribuite al Presidente Fini, sono state riprese dai maggiori quotidiani, per i loro possibili riflessi nel dibattito parlamentare sul d.d.l. sicurezza, specialmente con riguardo alla prevista possibilità per i medici di denunciare gli stranieri irregolari che si rechino presso i presidi ospedalieri e alla introduzione delle c.d. ronde non armate di cittadini. L'agenzia Ansa ha riportato il seguente passo della *lectio* di Fini: «Non vi può essere sicurezza senza legalità, così come non vi può essere legalità senza rispetto della dignità della persona, ai suoi vari livelli: quella della vittima come quella dell'autore del reato; quella della sicura convivenza sociale, come quella degli stessi diritti da tutelare». E poi: ciò che rappresenta «un grave rischio è una cronicizzazione e normalizzazione dell'emergenza, idonee a trasformare il ricorso a misure eccezionali in una sorta di prevenzione senza fine, giustificata dai pericoli di varia natura», specificando che «il rischio è quello di enfatizzare e di strumentalizzare paure e insicurezze sociali per imporre vincoli alle libertà, secondo un criterio che negherebbe l'opportuno e ragionevole bilanciamento tra il rispetto dei diritti fondamentali e la necessaria protezione da assicurare all'ordinamento democratico» (ANSA, 4 aprile 2009).

<sup>118</sup> E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in ID., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, cit., 89 ss. (già in *Nomos*, 1996, 47 ss.)

<sup>119</sup> Si vedano, in particolare, le seguenti opere di E. DENNINGER: *Der Präventions-Staat*, in *Kritische Justiz*, 1988, 1 ss.; *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, cit., 75 ss.; *Dallo «Stato di diritto» allo «Stato di prevenzione»*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 45 ss.

<sup>120</sup> E. DENNINGER, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, cit., 93.

<sup>121</sup> E. DENNINGER, *op. ult. cit.*, 92 s.

concessa allo Stato ad intervenire sempre di più, diventa ideologia. Lo Stato vive tra un sistema autoreferenziale e autolegittimante»<sup>122</sup>.

*9. L'altro volto della sicurezza: sicurezza dei rapporti giuridici, affidamento, certezza del diritto.*

*Cenni*

Proprio le riflessioni di Denninger conducono verso un altro tema che rientra in quello oggetto della presente trattazione. La «sicurezza giuridica» (*Rechtssicherheit*), intesa come «sicurezza garantita dal diritto», «comprende molto più della prescrizione di un debito o del valore legale di un giudizio ..., diventa concetto-chiave dello Stato di diritto in senso formale»<sup>123</sup>. In questa declinazione, la sicurezza si traduce prevalentemente in «certezza del diritto»<sup>124</sup>. Come è stato sottolineato da Denninger, la «sicurezza giuridica nello Stato liberale di diritto è, fra l'altro, basata su tre elementi: 1. l'azione dello Stato limitata e calcolabile; 2. la certezza del diritto fondata sulla sua chiara ed inequivocabile conoscibilità; 3. l'immediata applicazione (e attuazione) delle norme sia a carico che a favore del cittadino deve quindi essere prima di tutto assicurata garantendone l'esecuzione»<sup>125</sup>.

Si può, su queste diverse basi, affermare l'esistenza di un autonomo «diritto alla sicurezza giuridica»? A venire in rilievo, come riflesso della «certezza del diritto», sarebbe qui, tra l'altro, non solo «la doverosa chiarezza degli enunciati normativi», ma anche la «legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti»<sup>126</sup>. Aspettativa, quest'ultima, che si rivela funzionale anche alla tutela dei diritti, come può evincersi dalla sentenza della Corte costituzionale

---

<sup>122</sup> E. DENNINGER, *op. ult. cit.*, 91 s. Per Denninger, *Dallo «stato di diritto» allo «Stato di prevenzione»*, cit., 54, «il carattere utopico-escatologico dell'idea di sicurezza si rafforza ancor di più nella concezione di un diritto fondamentale alla sicurezza, un diritto che da un lato dovrebbe garantire al cittadino prestazioni di sicurezza da parte dello Stato, ma che dall'altro scatena l'attività statale e di conseguenza produce delle competenze di più ampia portata. Sotto questo profilo la sicurezza viene concepita come uno stato paradisiaco, in cui la preoccupazione (*Sorge*) che secondo il Dottor Faust di Goethe produce cecità dell'uomo, potrebbe essere sostituita dalla certo chiaroveggente ma smisurata o illimitata pre-videnza (*Vor-Sorge*)».

<sup>123</sup> E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, cit., 76 s.

<sup>124</sup> V., sul punto, G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 223 ss., che parla al riguardo di *sicurezza nel diritto*, intesa anzitutto come possibilità di sapere a quali norme attenersi, come esigenza di conoscere, rispetto all'ordinamento giuridico nel suo complesso, l'identità del sistema giuridico e, rispetto alle singole branche del diritto, il significato delle sue specifiche disposizioni. Non è possibile qui dare conto delle diverse elaborazioni della dottrina sul tema della «certezza del diritto». Mi limito pertanto a richiamare la sintetica illustrazione offerta da L. GIANFORMAGGIO, *Certezza*, in *Dig. disc. priv. Sezione civile*, II, Torino, 1988, 275, dei principali profili della «certezza del diritto», intesa come «prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti» e, più nel dettaglio, come: «a) prevedibilità dell'intervento, e quindi anche del non intervento, di organi con competenza giuridica decisionale o meramente esecutiva in relazione ad una (a ciascuna) singola fattispecie concreta; b) prevedibilità dell'esito di un (di ciascun) eventuale intervento di un organo con competenza giuridica decisionale, cioè prevedibilità della decisione giuridica; c) sicurezza dei rapporti giuridici in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione, o *coherence* tra normative susseguentisi nel tempo».

<sup>125</sup> E. DENNINGER, *op. ult. cit.*, 77.

<sup>126</sup> A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 96 (il contributo è stato pubblicato anche in volume autonomo con il medesimo titolo, sempre per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli).

n. 171 del 2007, laddove, nel dichiarare l'incostituzionalità di una legge di conversione di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza, si legge appunto che la disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) «è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso»<sup>127</sup>.

A ben vedere, la «sicurezza giuridica», così riguardata, più che autonomo diritto sembra assurgere ad implicazione necessaria di una serie di previsioni costituzionali, se non dei principi stessi del costituzionalismo, tradizionalmente identificati nella garanzia dei diritti e nella separazione dei poteri. Implicazione che, nella logica della limitazione del potere, dovrebbe essere anzitutto percepita come interesse della collettività, la cui salvaguardia è primariamente affidata alle c.d. istituzioni di garanzia (nel nostro sistema, in particolare, al Presidente della Repubblica e alla Corte costituzionale). Se si pretende, in ossequio ai principi dello Stato di diritto, che l'azione dei pubblici poteri sia limitata e calcolabile, come può tollerarsi, ad esempio, l'adozione di decreti legge fuori dalle condizioni costituzionalmente stabilite o il ricorso a deleghe legislative in bianco? Come può tollerarsi la violazione di regole che si rivelano funzionali anche alla tutela dei diritti? Se si concorda sul fatto che la separazione dei poteri sia funzionale ad assicurare anche la garanzia dei diritti c'è una ragione in più per sostenere l'inderogabilità delle regole poste a suo presidio. Il che implica, tra l'altro, che il potere «usurato» debba essere tutelato, proprio per ragioni attinenti alla c.d. sicurezza giuridica, anche contro chi *pro tempore* lo rappresenta. Emblematico, sul punto, mi sembra il caso della delega legislativa. Fino ad oggi si è prevalentemente guardato all'esigenza di preservare il corretto rapporto tra Parlamento e Governo, invocando un più rigoroso scrutinio sui decreti delegati che eccedano i confini tracciati nella legge di delega. Ma i «difetti» maggiori, che determinano una dilatazione dei poteri di intervento dell'esecutivo, sembrano ormai riscontrabili nelle leggi di delega, che non fissano adeguatamente i principi e i criteri direttivi, il che induce ad invocare un più rigoroso scrutinio su queste ultime, rivolto, in un certo senso, a tutelare il Parlamento contro gli abusi che eventualmente provengano dalla stessa maggioranza parlamentare, a difesa dell'istituzione contro coloro che *pro tempore* la rappresentano.

La «sicurezza giuridica» riguardata in questa più ampia prospettiva pervade la nostra Carta costituzionale, pur non trovando in essa un puntuale, espresso, riscontro (se non, parzialmente, nell'art. 41 Cost.<sup>128</sup>), imponendosi, *oltre* il testo costituzionale, come suo connotato essenziale,

---

<sup>127</sup> Sul punto rinvio alla mia relazione su *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, § 8, presentata in occasione del seminario su «La delega legislativa» organizzato dalla Corte costituzionale e svoltosi a Roma-Palazzo della Consulta il 24 ottobre 2008 (gli atti, in corso di pubblicazione, sono disponibili in versione provvisoria nel sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>128</sup> Ove il limite della «sicurezza» potrebbe essere letto come strumentale a garantire la sicurezza nei rapporti giuridici, come particolare conformazione di quei principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento che, pur non

immediatamente desumibile dai principi dello Stato di diritto<sup>129</sup>. Essa assume le sembianze di un imperativo<sup>130</sup> rivolto alla difesa non tanto degli interessi dello Stato quanto della coerenza e della conservazione dello stesso «ordine giuridico»<sup>131</sup>. Imperativo che si è tradotto, tra l'altro, nella nostra giurisprudenza costituzionale, in un «“dovere” del legislatore ordinario di mantenere ferme nel tempo le normative (da esso stesso poste in essere), se e in quanto attributive di situazioni giuridiche soggettive in capo ai privati, fino al momento in cui si palesi ragionevole la modifica della previgente disciplina»<sup>132</sup>. A venire qui in rilievo, con specifico riferimento al rapporto tra diritto e tempo, è la garanzia del legittimo affidamento<sup>133</sup> – qualificato «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»<sup>134</sup> – che sembra sovrapporsi alla «sicurezza giuridica», se non altro perché anch'essa funzionale ad assicurare, in termini diacronici, la coerenza dell'«ordine giuridico»<sup>135</sup>.

Ma, nonostante la garanzia dell'affidamento possa apparire un aspetto della sicurezza giuridica (riguardata prevalentemente come certezza del diritto), i due concetti dovrebbero comunque restare

---

menzionati, sono intesi, come vedremo, dalla stessa giurisprudenza costituzionale quali elementi fondamentali e indispensabili dello Stato di diritto.

<sup>129</sup> La sicurezza giuridica è riguardata come principio costituzionale non scritto da A. PIZZORUSSO E P. PASSAGLIA, *Italie, Relazione alla tavola rotonda su Constitution et sécurité juridique*, 10 e 11 settembre 1999, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999, 224.

<sup>130</sup> Parla di *Gebot der Rechtssicherheit* W. ZIMMER, *Allemagne, Relazione alla tavola rotonda su Constitution et sécurité juridique*, 10 e 11 settembre 1999, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999, 91.

<sup>131</sup> W. ZIMMER, *op. cit.*, 97 s.

<sup>132</sup> A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 190, nota 75 bis e ivi il richiamo alle sentt. nn. 155 del 1990, 9 del 1993, 390 del 1995, 211 del 1997, 217 del 1998, 229 e 416 del 1999, 419 e 525 del 2000.

<sup>133</sup> V., in particolare, le sentenze nn. 416 del 1999 e 525 del 2000, nelle quali la Corte costituzionale è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative proprio per *autonoma violazione del principio del legittimo affidamento del cittadino* nella sicurezza giuridica. Giova ricordare che, sulla scia della dottrina tedesca, il principio del legittimo affidamento era stato già inteso dalla dottrina italiana come regolante anche l'attività legislativa, ricondotto al più generale principio di buona fede oggettiva: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 3 ss. e 272 (dello stesso Autore v., ora, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001). Sulle sentt. nn. 416 del 1999 e 525 del 2000 v., in particolare, P. CARNEVALE, «... Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1999, 3643 ss.; ID., *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del «tributo» pagato dal legislatore-interprete «in materia tributaria» al principio di salvaguardia dell'interpretazione plausibile*, in *Giur. It.*, 2001, 2415 ss.

<sup>134</sup> Corte cost., sentt. nn. 349 del 1985, 179 del 1996. Si veda anche Cass., sez. V, sent. n. 17576 del 10 dicembre 2002, nella quale è ribadito che «il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che trova fondamento costituzionale nel principio di eguaglianza dinanzi alla legge (art. 3 Cost.), costituisce un elemento essenziale dello Stato di diritto ed è immanente in tutti rapporti di diritto pubblico, compresi quelli in ambito tributario, dove è stato reso esplicito dall'art. 10, comma primo, della legge 212 del 2000».

<sup>135</sup> Non è un caso che, come sottolineato da P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Alessandro Pace*, § 2.5, proprio in ragione della «postulata coerenza diacronica, la legge preesistente finisce per costituire una sorta di “precedente” per la successiva», rilevandosi che la prima, qualora preveda un certo trattamento riguardo rapporti di durata coinvolgenti situazioni giuridiche soggettive, «non può essere posta nel nulla o, comunque, modificata *in peius* dal legislatore futuro, se non rispettando l'eventuale affidamento, nutrito dai singoli, sulla perduranza di quel trattamento». Il che si traduce, sul piano dell'eventuale giudizio di costituzionalità, nell'elevazione della legge precedente «a parametro alla cui stregua misurare la legittimità dello *ius superveniens* peggiorativo (per i titolari di quelle situazioni giuridiche soggettive)».

distinti, rivelandosi semmai complementari<sup>136</sup>, come accade nel discorso giurisprudenziale, il che «è comprensibile, considerato che ... dal punto di vista pratico le relative garanzie trovano, in genere, congiunta applicazione nelle medesime fattispecie e che il contenuto di valore» della certezza del diritto e del legittimo affidamento «(che ruota in entrambi i casi almeno attorno alle esigenze di sicurezza, stabilità, prevedibilità, razionalità ordinamentale) è in buona parte sovrapponibile»<sup>137</sup>. Tuttavia, se pure è possibile tentare una distinzione strutturale, contenutistica e funzionale tra il principio della sicurezza giuridica, riguardato in termini di certezza del diritto<sup>138</sup>, e il principio di affidamento<sup>139</sup>, ciò che preme qui rilevare è che la nostra Corte costituzionale sembra aver riconosciuto la sussistenza di un dovere del legislatore di non incidere irragionevolmente, con effetti retroattivi, su situazioni regolate da leggi precedenti, come mera «conseguenza, sul lato passivo, di un asserito diritto costituzionale del cittadino alla sicurezza dei rapporti giuridici (o tutela dell'affidamento *tout court*)»<sup>140</sup>. Per far ciò, anziché «ricercare in Costituzione le tracce di diritto positivo del diritto all'affidamento nel suo rapporto con il principio di certezza»<sup>141</sup>, la nostra Corte si è «aggrappata» all'art. 3 Cost. (eventualmente in concorso con altre disposizioni, quali l'art. 38 Cost.), «il che la dice lunga sulla struttura di questa asserita situazione giuridica soggettiva, essendo noto che, per la stessa giurisprudenza costituzionale e per la maggioranza della dottrina, l'eguaglianza ... non costituisce un diritto del cittadino»<sup>142</sup>.

Proprio per le ragioni appena esposte, sarebbe auspicabile uno sforzo rivolto all'ancoraggio della tutela dell'affidamento «alle singole previsioni costituzionali, che tipizzano quella tutela per ogni

---

<sup>136</sup> W. ZIMMER, *op. cit.*, 97.

<sup>137</sup> M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica* (Parte prima), in *Giur. It.*, 2007, 1837.

<sup>138</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1838, nota 119, ritiene che la nozione di sicurezza giuridica e quella di certezza non possano considerarsi equivalenti, in quanto «l'ambito semantico abbracciato dalla prima espressione» sarebbe «più vasto, comprendendo anche le condizioni organizzativo-materiali del "sicuro" funzionamento dell'ordinamento (tribunali; forze dell'ordine; amministrazione capace di dare esecuzione ai precetti legislativi, ecc.)». Ma lo stesso Luciani afferma che «se, invece, la sicurezza si identifica con i tre imperativi della chiarezza, della determinatezza e della stabilità ..., essa finisce effettivamente per sovrapporsi pienamente alla certezza».

<sup>139</sup> La distinzione è proposta da M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1837, il quale ritiene che i due principi si distinguano: «strutturalmente, in quanto la certezza evoca un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento, mentre l'affidamento ha a che fare (...) soprattutto con i diritti fondamentali del cittadino»; «contenutisticamente, in quanto la certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi e (...) infallibilità nell'applicazione delle loro sanzioni (*lato sensu*, ovviamente, intese, e quindi sia come sanzioni negative sia come sanzioni positive), mentre l'affidamento esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative»; «funzionalmente, in quanto la certezza presidia l'efficienza e l'efficacia dell'ordinamento, mentre l'affidamento tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere».

<sup>140</sup> A. PACE, *loc. ult. cit.*

<sup>141</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1838.

<sup>142</sup> A. PACE, *loc. ult. cit.* Secondo P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., § 1, la tutela del legittimo affidamento sarebbe un principio dell'ordinamento e non un diritto: non sarebbe, infatti, possibile «parlare di un diritto all'affidamento del cittadino nei riguardi del pubblico potere, nonostante esso (principio) mostri una prossimità alle situazioni giuridiche soggettive ancor maggiore del principio di eguaglianza, che può spingere la sua portata applicativa anche al di là degli *iura*, comparando anche "altro". Insomma, non esiste un meta-diritto al legittimo affidamento del cittadino. E ciò per l'irriducibile *alterità* del principio rispetto ai diritti da esso tutelati».

singolo “campo di attività” segnato dalla garanzia costituzionale del singolo diritto fondamentale in rapporto ai suoi limiti specifici<sup>143</sup>. Sarebbe così possibile individuare i «*profili* di affidamento connessi a *ciascun* diritto fondamentale», che si traducono in «tutele differenziate per misura e per modo», in ragione sia del diritto in considerazione sia del «livello di aspettativa determinato dal legislatore»<sup>144</sup>, assumendo rilievo, da quest’ultimo punto di vista, il livello di consolidamento della situazione che si assume essere pregiudicata dal successivo intervento legislativo<sup>145</sup>. Insomma, l’«affidamento nella stabilità della situazione normativa in essere», se funzionale al godimento del diritto preso in considerazione, può ben assurgere a sua garanzia, ma in «forme e gradi di volta in volta diversi»<sup>146</sup>. Il che dovrebbe indurre ad una diversa valutazione della ponderazione di volta in volta operata dal legislatore, attribuendo maggiore consistenza a quel generico richiamo alla «ragionevole necessità di sacrificare» l’affidamento «nel bilanciamento con altri interessi costituzionali», la cui assenza è reputata dalla Corte come essenziale condizione per dichiarare l’incostituzionalità di disposizioni legislative che frustrino «l’affidamento dei soggetti nella possibilità di operare sulla base delle condizioni normative presenti nell’ordinamento in un dato periodo storico»<sup>147</sup>.

Insomma, quando viene in gioco il principio dell’affidamento, il bilanciamento deve tenere conto non solo della consistenza dei principi o degli interessi che si assumono come contrapposti ma anche, in qualche misura, della natura del diritto preso in considerazione.

Dal primo punto di vista, abbiamo già significative indicazioni giurisprudenziali, nel senso almeno della cedevolezza del principio nei seguenti casi: ove l’affidamento si sia formato sopra una

---

<sup>143</sup> M. LUCIANI, *loc. ult. cit.*, il quale rinviene le suddette «tracce», «oltre che – in via generale – nella sovranità popolare riconosciuta dall’art. 1 (intesa ... come potere di autodeterminazione di *ciascuno*), nell’inviolabilità dei diritti sancita dall’art. 2 e nel principio di libertà incorporato nell’art. 3, 2° comma, (nel quale libertà ed eguaglianza, lungi dall’essere contrapposte, sono coniugate ed armonizzate nel disegno di un complesso progetto di trasformazione sociale), almeno, in particolare (e per limitarsi alle sole previsioni della Parte I della Costituzione): nella tutela della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome offerta dall’art. 22; nella esigenza della precostituzione del giudice ai sensi dell’art. 25, 1° comma; nel principio di legalità e prevedibilità delle pene di cui all’art. 25, 2° comma; nella tutela previdenziale offerta dall’art. 38, 2° comma; nei principi (essi pure coordinati) di libertà e di programmazione sanciti dall’art. 41; nella garanzia della proprietà privata prevista dagli artt. 42 e 43; nella tutela del risparmio accordata dall’art. 47; nel principio di capacità contributiva fissato dall’art. 53; nel dovere di osservanza delle leggi previsto dall’art. 54, etc. »

<sup>144</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1839.

<sup>145</sup> Secondo la Corte costituzionale, la garanzia del legittimo affidamento può essere fatta valere nei confronti del legislatore soltanto qualora i soggetti pregiudicati possano vantare un’aspettativa qualificata al mantenimento del trattamento giuridico preesistente ovvero quando l’aspettativa sia pervenuta «ad un livello di consolidamento ...elevato» (sent. n. 390 del 1995), risolvendosi altrimenti il principio in un obbligo, mai derogabile dal legislatore, di non retrocessione delle posizioni acquisite dai singoli (cfr. sent. n. 56 del 1989). Come è stato sottolineato da P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., § 2.3, «la stabilità dei rapporti giuridici è, per l’affidamento, *esigenza da salvaguardare* e, al contempo, *presupposto per la tutela*: la pretesa alla stabilità suppone una stabilità già raggiunta o, in altri termini, cela, in certo senso, una *pretesa alla perduranza della stabilità*».

<sup>146</sup> M. LUCIANI, *loc. ult. cit.*

<sup>147</sup> V. sent. n. 525 del 2000.

norma costituzionalmente illegittima<sup>148</sup>; nell'ipotesi in cui si tratti di rimediare a precedenti leggi che, in base all'esperienza applicativa o ad una più attenta analisi «si siano rivelate come non rispondenti a criteri di equità»<sup>149</sup>; oppure, ancora, allorché la modifica legislativa sia giustificata dall'esigenza di ripristinare il rispetto di «altri principi costituzionali, come il principio di eguaglianza (es. sent. n. 385 del 1994) o quello di parità di trattamento a parità di prestazione lavorativa effettivamente prestata (es. sent. n. 153 del 1994)»<sup>150</sup>. Più in generale, il principio di affidamento del cittadino sembra configurarsi, anzitutto, come «limite» per il legislatore, il quale potrà anche statuire in netto contrasto con quanto disposto in un passato (pure) recente, purché tale rivalutazione trovi adeguata giustificazione nel perseguimento di contrapposti interessi costituzionalmente pregevoli<sup>151</sup>. Ma il principio in parola, come dimostrato da una recentissima pronuncia della Corte costituzionale, opera pure, per così dire, «in positivo», in quanto nella scelta del legislatore la tutela dell'affidamento del cittadino può ben giustificare una compressione di altri interessi di rilievo costituzionale (nella specie del diritto di difesa)<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 421 del 1995 non si può, infatti, «fondare un'aspettativa legittima sopra una norma costituzionalmente illegittima».

<sup>149</sup> Corte cost., sentt. nn. 56 e ord. n. 432 del 1989.

<sup>150</sup> P. CARNEVALE, «... *Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza*», cit., 3652.

<sup>151</sup> Secondo F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 102, il principio di affidamento del cittadino nei confronti del legislatore non può accogliersi «come assoluto, a meno di non conferirgli una portata amplissima: oltre alle ovvie considerazioni sulla dimensione diacronica della successione di volontà degli organi rappresentativi, e alla stretta connessione tra questa e il processo di integrazione politica, un vincolo di questo tipo, implicito o esplicito, deve ritenersi comunque subordinato alla valutazione, effettuata dal legislatore attuale, in ordine all'idoneità contingente del principio in questione al perseguimento» dei fini-valori dell'ordinamento; «laddove cioè si ravvisi che un drastico mutamento di orientamenti sia funzionalmente più proficuo per tale obiettivo, una corretta ponderazione dei costi e dei benefici della scelta potrebbe legittimamente indurre il legislatore a statuire anche in netto contrasto con quanto disposto in un passato recente, ponendosi semmai soltanto il problema della tutela dei diritti quesiti e della stabilità dei rapporti esauriti» (anche in quest'ultimo caso, come rilevato dall'Autore, non mancano peraltro eccezioni, quale quella di cui all'ultimo comma dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 circa gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sulle sentenze penali di condanna divenute irrevocabili, fondata sulla prevalenza dell'esigenza di tutela della libertà personale e del principio del *favor rei*, che impongono il superamento dello stesso canone di certezza, inteso qui come immodificabilità dei rapporti esauriti).

<sup>152</sup> Il riferimento è alla sent. n. 108 del 2009, nella quale la Corte ha ritenuto non fondata la questione avente ad oggetto l'art. 4, comma 2-bis, d.l. n. 115 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 168 del 2005, il quale prevede che «Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela». La *ratio* della disposizione censurata – sospettata di incostituzionalità per violazione degli artt. 3, 24, 25, 103, 111, comma 2, 113 e 125 Cost. – è chiaramente quella di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione (nella specie, all'esercizio della professione forense) venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l'ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione. In tal modo, come sottolineato dal giudice rimettente, la disposizione, rendendo irreversibili gli effetti del superamento delle prove scritte e orali previste dal bando, rende anche irreversibili gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali (pure di natura cautelare) o di autotutela amministrativa che abbiano disposto l'ammissione alle prove stesse, precludendo l'ulteriore prosecuzione del processo eventualmente avviato (si noti che, nella specie, pendeva davanti al Collegio rimettente ricorso in appello contro la sentenza di un TAR che aveva accolto il ricorso presentato da un candidato che non era stato ammesso alle prove orali dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense, per l'insufficiente punteggio riportato nelle prove scritte; dopo la proposizione dell'appello, ma prima della camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza, in esecuzione della sentenza stessa, gli elaborati del candidato

Dal secondo punto di vista, se è vero che l'affidamento nella stabilità della situazione normativa in essere in tanto rileva in quanto funzionale al godimento del singolo diritto preso in considerazione, come può non incidere l'eventuale fondamento costituzionale di quest'ultimo sulla valutazione circa la misura e la qualità del pregiudizio subito<sup>153</sup>? Eccessiva, piuttosto, può apparire la conclusione per cui in assenza di immediato «aggancio» costituzionale le situazioni giuridiche soggettive che si assumano pregiudicate siano per ciò solo private della tutela dell'affidamento<sup>154</sup>, rilasciate completamente al «capriccio» del legislatore<sup>155</sup>. Per questo la dottrina ha insistito in ordine alla configurazione della tutela dell'affidamento come *principio* avente, in sé, fondamento costituzionale, ora richiamando il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e il connesso principio del *neminem laedere*<sup>156</sup>, ora invocando il canone di ragionevolezza delle leggi che si trarrebbe dall'art. 3, comma 1, Cost.<sup>157</sup>, ora facendo leva sulla forma di Stato, riferendosi, specialmente, «al principio democratico ed alla qualificazione che ne discende circa l'intero ordinamento [...], quantomeno nella misura in cui si intenda la locuzione “repubblica democratica”, quale formula sinteticamente e riassuntivamente espressiva della forma ordinamentale costituzionale, per come intesa ereditare – secondo, del resto, un diffuso modo di vedere – taluni fondamenti propri della forma statutaria preesistente e più in generale dell'esperienza del c.d. Stato di diritto»<sup>158</sup>. Ma, anche

---

erano stati nuovamente corretti ed egli era stato ammesso alle prove orali, che ha superato, per poi iscriversi all'Albo degli avvocati; l'istanza cautelare è stata successivamente accolta dal Collegio rimettente, che ha sospeso gli effetti della sentenza gravata sino all'esito del giudizio di legittimità costituzionale). La Corte ritiene non illegittima la scelta operata dal legislatore in sede di bilanciamento tra «l'interesse alla piena e definitiva verifica della legittimità degli atti compiuti dall'amministrazione nel corso del procedimento di esame» e «l'interesse a evitare che gli esami si svolgano inutilmente», «a evitare che la lentezza dei processi ne renda incerto l'esito» e, soprattutto, «l'affidamento del privato, il quale abbia superato le prove di esame e – in ipotesi – avviato in buona fede la relativa attività professionale». Peraltro, «dal punto di vista dell'interesse generale, vi è anche un'esigenza di certezza, sia in ordine ai tempi di conclusione dell'accertamento dell'idoneità dei candidati, sia in ordine ai rapporti instaurati dal candidato nello svolgimento dell'attività professionale». Nel contemperare i diversi interessi il legislatore ha ritenuto di accordare una particolare tutela all'affidamento del cittadino, il che «comporta indubbiamente una certa compressione del diritto di difesa, in quanto si introduce una dissimmetria tra le due parti del processo amministrativo eventualmente avviato: al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo». Tali conseguenze non appaiono illegittime, in quanto i principi costituzionali «non escludono una ragionevole limitazione del diritto di difesa dell'amministrazione», che la Corte ritiene pertanto possibile ove a venire in gioco sia la tutela dell'affidamento del privato. D'altra parte – prosegue la Corte – l'effetto di conseguimento dell'abilitazione, che la disposizione censurata rende irreversibile, è prodotto nella specie dal nuovo accertamento dell'idoneità del candidato (all'esito della ripetizione delle prove o della nuova valutazione di esse) e non dal provvedimento [cautelare] del giudice.

<sup>153</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1839, nota 137.

<sup>154</sup> Conclusione cui perviene M. LUCIANI, *loc. ult. cit.*

<sup>155</sup> Il punto è messo in evidenza da P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., § 3.

<sup>156</sup> Per tale ricostruzione v. ora F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 117.

<sup>157</sup> È questo l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, già richiamato nelle note precedenti.

<sup>158</sup> P. CARNEVALE, *loc. ult. cit.* La configurazione dell'affidamento come principio avente, in sé, fondamento costituzionale, permette all'Autore non solo di evitare il restringimento della «pretesa alla *coherence* del legislatore solo in settori per dir così “costituzionalizzati”», ma anche di comprendere nella sfera della sua applicazione «situazioni qualificabili in termini di semplici germi di diritto».

ad ammettere che la tutela dell'affidamento sia, in sé, un principio avente fondamento costituzionale, ciò non esime, a mio giudizio, dal ricercare gli eventuali specifici «*profili* di affidamento» emergenti dalle singole disposizioni costituzionali riguardanti i diritti e soprattutto dal dare ad essi il giusto peso nel gioco del bilanciamento con interessi eventualmente contrapposti. Peso che per diritti aventi fondamento costituzionale, immediato o per il tramite di un'interpretazione estensiva o sistematica dei singoli enunciati (c.d. nuovo diritto), dovrebbe tradursi in un *surplus* di garanzia sul piano della tutela dell'affidamento. Se la giustificazione della legge deteriore è data dal perseguimento di un interesse pubblico, la valutazione circa la legittimità della preponderanza assegnata a quest'ultimo non potrà, insomma, non essere condizionata dall'eventuale «rilievo costituzionale» della specifica posizione soggettiva pregiudicata.

Non è certo questa la sede per approfondire oltre il tema della tutela del legittimo affidamento, il che richiederebbe un'analisi delle sue origini e delle sue principali traduzioni nel diritto costituzionale, amministrativo, privato e penale, nonché della rilevanza da esso assunto in ambito comunitario<sup>159</sup>. Basti qui riassuntivamente rilevare che il principio del legittimo affidamento è stato: a) elevato a parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, principalmente quale traduzione del bisogno di garanzia degli «interessi consolidati di fronte alla “discontinuità” e “contraddittorietà” delle decisioni politiche»<sup>160</sup>; b) considerato come limite al potere dell'amministrazione o come fondamento di un'autonoma pretesa del cittadino che si contrappone all'interesse dell'amministrazione<sup>161</sup>, con una tendenza all'assimilazione al principio di «buona fede», presumendosi «la sussistenza della buona fede in ogni soggetto che ha dato esecuzione ad atti della pubblica amministrazione (ha agito *presumendo la legittimità* degli atti stessi)», con la conseguenza che, ove in concreto opera il principio, «al soggetto di buona fede non può essere opposto l'annullamento al fine di rimuovere gli effetti prodottisi in capo a lui favorevoli»<sup>162</sup>; c)

---

<sup>159</sup> Il legittimo affidamento è considerato dalla Corte di giustizia come «principio generale dell'ordinamento comunitario», sin dalla sentenza 3 maggio 1978, *Tropfer*, in causa 112/77. Sul principio di affidamento, anche con specifico riguardo al modo in cui esso è configurato nel diritto comunitario, v. ora M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, e ivi ampie indicazioni di dottrina e di giurisprudenza.

<sup>160</sup> Secondo l'insegnamento di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 67.

<sup>161</sup> Cfr. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici*, cit., 16 ss. e ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Sulla possibilità di configurare la titolarità di una «autonoma pretesa», fondata sull'affidamento, in capo al cittadino nel rapporto con l'amministrazione, conseguenza anche dello «spostamento dell'attenzione dalle esigenze dell'amministrazione a quelle dell'amministrato», v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 844.

<sup>162</sup> Così V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 532. Cfr. altresì, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, 2002, 527 ss. L'affidamento viene riguardato come particolare applicazione del principio di buona fede, che tutela le aspettative generate da un precedente comportamento dell'amministrazione o del legislatore. Ma la buona fede mantiene un raggio di azione più ampio, che opera anche quando i predetti comportamenti non abbiano determinato un previo affidamento (M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici*, cit., 2, nota 2). Dal punto di vista del nostro diritto positivo, un'interessante applicazione del principio è prevista dall'art. 10 della legge n. 212 del 2000 (c.d. Statuto del contribuente), il quale prevede che non possano essere irrogate sanzioni al contribuente che abbia seguito le indicazioni dell'Amministrazione

riguardato, con riferimento all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), come espressione del principio di «buona fede», affermandosi che la parte fruisce di una tutela in riguardo ai ragionevoli affidamenti ingenerati dalla controparte<sup>163</sup>; d) inteso, nel diritto penale, come aspettativa di un corretto comportamento da parte degli altri, che cessa allorché l'altrui inosservanza della norma dalla quale deriva l'evento sia nota o riconoscibile<sup>164</sup>.

Nonostante le rilevate diversità, che inducono a ritenere che «complessivamente la tutela dell'affidamento non abbia ancora assunto una identità precisa»<sup>165</sup>, è forse possibile affermare la presenza di una comune matrice «contrattualista»<sup>166</sup>. Matrice che non si perde nemmeno nel diritto penale<sup>167</sup>, ove il principio, specialmente per come applicato alla teoria del reato colposo, trova traduzione non soltanto nei rapporti fra Stato e cittadino, ma anche, e forse soprattutto «fra *più* cittadini, tenuti ciascuno all'osservanza dello stesso ovvero di diversi doveri di diligenza»<sup>168</sup>. Secondo quanto affermato dalla Cassazione penale, l'affidamento si traduce, infatti, nel «principio secondo il quale ciascuno può contare sull'adempimento, da parte degli altri, dei doveri su di essi

---

finanziaria o in relazione a comportamenti derivati da ritardi, omissioni o errori della stessa. Tale previsione si collega a quella contenuta nell'art. 5 della stessa legge, a norma del quale gravano sull'amministrazione finanziaria obblighi di informazione, dovendo essa diffondere tempestivamente ed efficacemente tutte le sue circolari e risoluzioni. Ciò determina una presunzione in ordine al fatto che l'Amministrazione si comporterà seguendo le interpretazioni e le indicazioni date nelle circolari, potendo sì mutare orientamento ma solo per il futuro e salvaguardando gli affidamenti generati dai suoi precedenti comportamenti.

<sup>163</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1984, 477; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 161.

<sup>164</sup> I penalisti intendono il principio di affidamento come una sorta di «aspettativa sociale» in base alla quale ogni consociato «può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione» (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 549).

<sup>165</sup> M. GIGANTE, *op. cit.*, 24.

<sup>166</sup> Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 1838: «se non solo la certezza è un valore così *determinante* nello Stato di diritto, ma lo è anche l'affidamento, è perché giace, sotto quella forma politica, una sovente inconfessata premessa contrattualista» (lo Stato come «risultato di un patto fondativo tra i cittadini, che lo hanno creato quale strumento di garanzia di reciproca sicurezza»). «Il rapporto sicurezza/certezza/affidamento è addirittura costitutivo dell'essenza stessa della statualità, per come concepita (pure nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani».

<sup>167</sup> D'altra parte in una direzione «contrattualista» sembra muoversi, con specifico riferimento alla legislazione penale, la nostra Corte costituzionale, allorché, nella famosa sent. n. 364 del 1988, ha fornito una nuova lettura – conforme a Costituzione – dell'art. 5 c.p., per cui «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale *tranne che si tratti di ignoranza inevitabile*». La decisione si fonda sulla esistenza di obblighi corrispettivi che incombono da un lato sullo Stato, in termini di impegno a rendere conoscibile il messaggio legislativo, e dall'altro sul cittadino, in termini di sforzo per conoscere gli atti normativi. Quasi parti di un ideale contratto, il legislatore deve informarsi ad un dovere di chiarezza, il cittadino deve sottostare ai doveri di informazione che si impongono nei confronti della controparte in sede di interpretazione ed esecuzione del contratto.

<sup>168</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 8, secondo il quale, tuttavia, ci si dovrebbe guardare dalla tentazione di ricostruire su base *latu sensu* «contrattualistica» lo stesso fondamento del principio di affidamento. La derivazione del principio da tali «sollecitazioni di stampo "illuministico"» sarebbe secondo l'Autore «quanto meno problematica, a fronte delle prime emersioni reali della *Vertrauensgrundsatz* in contesti storico-politici, quali quello del periodo nazionalsocialista, del tutto impermeabili rispetto a stimoli della matrice suddetta; ed al cospetto di un'altra costante, ravvisabile nello sviluppo progressivo del principio, ossia la sua inerenza specifica al tema della colpa penale in genere, e segnatamente alle applicazioni della medesima nel settore della circolazione stradale in particolare».

incombenti»<sup>169</sup>. Il principio di affidamento, sin dalle prime elaborazioni, si erge in particolare a criterio guida del diritto della circolazione stradale, assumendo le forme dell'aspettativa del partecipante al traffico stradale in ordine al fatto che gli altri osservino le norme che li riguardano. Nell'ottica di una delimitazione degli obblighi (e della conseguente responsabilità per colpa) gravanti sul singolo automobilista che osserva le regole sul traffico, si nega che egli debba prevedere il comportamento scorretto (contrario alle regole del traffico) tenuto dagli altri utenti della strada. Ma l'affidamento, inteso come aspettativa di un corretto comportamento da parte degli altri, cessa allorché l'altrui inosservanza della norma dalla quale deriva l'evento sia nota o riconoscibile<sup>170</sup>. La tutela dell'affidamento non può, insomma, essere invocata se colui che si «affida» sia in colpa<sup>171</sup>.

A venire in rilievo, sul piano costituzionale, non è tanto il principio dell'autoresponsabilità, ricavabile dall'art. 27, comma 1, Cost., quanto i doveri di osservanza delle leggi (art. 54, comma 1, Cost.) e il principio di eguaglianza davanti alla legge (art. 3, comma 1, Cost.). Sul punto la dottrina penalistica mette in rilievo un aspetto a mio giudizio fondamentale: «al dovere di tutti i cittadini di osservare le leggi ... non può che far da contrappunto un'aspettativa dell'ordinamento circa la loro effettiva osservanza da parte dei destinatari»<sup>172</sup>. Aspettativa che si riverbera, per il tramite dell'art. 3, comma 1, Cost., sul singolo cittadino, nel senso che questi «sa che, allo stesso modo in cui l'ordinamento si attende da lui il rispetto di determinate prescrizioni rivoltegli, così pure ... si attende dagli altri il loro conformarsi alle richieste di comportamento loro indirizzate»<sup>173</sup>. Ne consegue che ciascuno potrà orientare la sua condotta «attendendosi che – in forza delle aspettative

---

<sup>169</sup> Cass. pen. Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568. Cfr. anche Cass. pen. Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006, che contiene la seguente definizione: «principio secondo il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta è in esame, ed ognuno deve evitare unicamente i pericoli scaturenti dalla propria condotta». A conclusioni simili era già giunta la dottrina tedesca degli anni trenta del secolo scorso, con specifico riferimento al tema della circolazione stradale. Sull'«origine» dell'applicazione del principio di affidamento (*Vertrauensgrundsatz*) nella teoria del reato colposo, nonché sulle sue evoluzioni, si veda il pregevole lavoro di M. MANTOVANI, *op. cit.*, specie 8 ss.

<sup>170</sup> M. MANTOVANI, *op. cit.*, 11 ss. Mantovani parte dalla tesi sostenuta da H. GÜLDE in *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrs*, in *JW*, 1938, 2785 ss., per poi seguire lo sviluppo successivo del *Vertrauensgrundsatz* anche in relazione a settori diversi dalla circolazione stradale (in particolare con riguardo alla delimitazione reciproca dei doveri di diligenza facenti capo ai singoli nel quadro dell'attività medico-chirurgica in *équipe*).

<sup>171</sup> Il principio dell'affidamento «non può essere invocato quando colui che si “affida” sia in colpa, per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciò nonostante, confidi che altri, che eventualmente gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini quella violazione o ponga rimedio a quella omissione» (Cass. pen. Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006; Cass. pen. Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568). La predetta attenuazione del principio per cui non si risponde dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di terzi ha trovato particolare riscontro nella giurisprudenza in tema di colpa medica per trattamento svolto in *équipe* con esito infausto: «se l'agente ha la percezione (o dovrebbe averla) della violazione delle regole da parte di altri partecipi nella medesima attività (per es. un'operazione chirurgica svolta in *équipe*) – o comunque si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza della regola cautelare (che deve avere caratteristiche di riconoscibilità) – ha l'obbligo di attivarsi per evitare eventi dannosi» (Cass. Pen., Sez. IV, 16 giugno 2008, n. 24360, pubblicata in *Giur. It.*, 2009, 948 ss.).

<sup>172</sup> M. MANTOVANI, *op. cit.*, 454.

<sup>173</sup> M. MANTOVANI, *op. cit.*, 455.

riposte dall'ordinamento e dalla rispettiva uguaglianza di fronte allo stesso – gli altri si uniformino ai precetti loro imposti» ovvero «potrà fare affidamento circa la loro osservanza da parte degli altri»<sup>174</sup>.

Ho insistito sulla connotazione «penalistica» del principio dell'affidamento non solo perché essa è solitamente trascurata dai costituzionalisti, ma anche perché credo che dalla sua applicazione possano trarsi spunti interessanti per il nostro tema. A me pare, infatti, che l'affidamento sia in quest'ultimo ambito riguardato propriamente come espressione di una istanza di «sicurezza nei rapporti giuridici» che coinvolge sempre sia il rapporto del singolo con i poteri pubblici sia con gli altri consociati. Anche qui, dunque, non un autonomo diritto, ma una componente necessaria di ciascuna situazione giuridica soggettiva che può tollerare limitazioni nella misura in cui esse siano ammissibili per il diritto di riferimento, in quanto giustificate, nel gioco del bilanciamento, dal soddisfacimento di altre esigenze di rilievo costituzionale, quale senz'altro quella sottesa al principio della solidarietà sociale, che, per tornare al caso della circolazione stradale, ben può giustificare un ampliamento dei doveri di diligenza che ordinariamente incombono sull'automobilista: se il pedone si attarda o sia incerto nell'attraversare la strada, ancorché il semaforo sia divenuto «verde» per l'automobilista, questi, secondo quanto positivamente stabilito dal codice della strada, sarà comunque tenuto a ridurre la velocità e, occorrendo, a fermarsi (art. 141 del Codice della Strada)<sup>175</sup>.

#### *10. A mo' di conclusione: costituzionalismo, sicurezza e libertà*

C'è ancora uno spazio per la «sicurezza dei diritti»? È possibile ancora declinare il concetto di «sicurezza» anzitutto come impegno dei pubblici poteri verso la realizzazione della libertà dal bisogno? La risposta a queste domande condiziona, a ben vedere, la stessa lettura della «sicurezza giuridica» come «sicurezza garantita dal diritto», contribuendo in modo decisivo a delineare quello che ho definito come l'«altro volto» della sicurezza, che trova una delle sue forme nel principio di affidamento. Se, infatti, salta il presupposto *promozionale*, se cioè si nega che il primo dovere dei poteri pubblici sia quello di rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'effettivo godimento dei diritti, lo stesso principio di affidamento assume una connotazione, per così dire, statica<sup>176</sup>, non

---

<sup>174</sup> M. MANTOVANI, *loc. cit.*

<sup>175</sup> M. MANTOVANI, *op. cit.*, 456, considera tale prescrizione come una compensazione delle altrui inosservanze che si traduce in un ampliamento dei doveri di diligenza che ordinariamente incombono sull'automobilista. Essa si presta ad essere riguardata come «enunciazione legislativa di un dovere di solidarietà sociale, da ricomprendersi fra quelli ai quali rinvia l'art. 2 Cost., e da ricondurre all'esigenza di tutelare chi non è in grado di provvedere, uniformandosi alle norme dirette a prevenirli, a difendersi da dati pericoli, dagli eventi lesivi che possono rappresentarne la concretizzazione».

<sup>176</sup> Si veda in proposito quanto sostenuto da F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti*, cit., 75, secondo il quale «il principio di certezza, congiunto al principio di affidamento del cittadino nei confronti della positivizzazione del diritto ad opera del legislatore, diventa ... un principio sistemico di stabilizzazione». Secondo Rimoli, «l'esigenza di certezza, intesa come necessità sistemico-funzionale, collide ... con l'altra esigenza, teleologico-

strumento per rendere stabile e garantita la «conquista» di un diritto, ma mezzo per mantenere, consolidandolo, lo *status quo ante* rivendicato dal «soggetto forte» contro l'«aggressione dei soggetti deboli». In quest'ultima versione il principio dell'affidamento, come il più generale principio di «sicurezza giuridica», sarebbe anzitutto consustanziale al «diritto alla sicurezza», che il soggetto «forte» può ben rivendicare al fine di ottenere protezione dall'autorità. L'autorità, dunque, al servizio della libertà, ma non di ciascuno e di tutti.

Quest'ultimo assetto risponde ai caratteri fondamentali del costituzionalismo? Coloro che cercano di dare una risposta positiva si rifanno alla dottrina hobbesiana sulla sicurezza come fondamento del potere – «è il bisogno di sicurezza contro l'aggressione reciproca che induce gli individui a riunirsi in Stato e a sottomettersi al sovrano» – e alla sua evoluzione nella concezione della sicurezza come diritto, che sarebbe fatta propria dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la quale all'art. 2 contempla tra i «diritti naturali e imprescrittibili» dell'uomo «la libertà, la proprietà, la sicurezza (*sûreté*) e la resistenza all'oppressione»<sup>177</sup>. Ma a quale volto della sicurezza fa riferimento la Dichiarazione francese? Occorre ricordare che essa contempla il «*droit à la sûreté*» e non il «*droit a la sécurité*», adottando un'espressione che, anche alla luce del contesto storico in cui fu utilizzata, sembra piuttosto riguardare la «garanzia dei diritti», intesa sia come protezione delle persone e dei beni, specialmente contro gli abusi del potere monarchico, sia come «sicurezza dei rapporti giuridici» (con riferimento ai contratti e agli atti unilaterali)<sup>178</sup>. Sarà solo nel XIX secolo che la *sûreté* assumerà prevalentemente la connotazione di elemento dell'ordine pubblico, di fattore di conservazione della società politica, per poi caratterizzarsi anche come garanzia contro i rischi dell'esistenza<sup>179</sup>. Attualmente, secondo l'approccio prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale francese, si tende a considerare la *sûreté* in senso restrittivo, come una sorta di

---

assiologica, di realizzazione del fine valore di giustizia» (81). Di qui la proposta – dichiaratamente rivolta ad armonizzare il principio di certezza con i fini-valori di giustizia ed eguaglianza (soprattutto sostanziale) – di declinare la certezza in termini più deboli e flessibili, come «indeterminazione controllata», «incertezza programmata», capace di «modulare ogni decisione sulla situazione contingente» (103), valorizzando il ruolo del giudice e il modello della regolamentazione negoziata (114). Proposta che, però, secondo altra dottrina colliderebbe «per un verso con l'esigenza di continuare a dare un qualche senso al principio democratico e, per l'altro, con quella di dare protezione ai soggetti più deboli della società» (M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1838) ossia proprio con quei fini-valori che si intenderebbe preservare. Secondo Luciani, infatti, da un lato il principio democratico sarebbe ancor più mortificato dall'ulteriore esaltazione del ruolo dei giudici e delle c.d. autorità amministrative indipendenti (aspetto che l'Autore aveva già messo in evidenza in *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, spec. 1663), dall'altro la tutela degli interessi dei gruppi più deboli non potrebbe dirsi meglio garantita, considerato che questi «sono proprio i gruppi che hanno maggiori difficoltà ad accedere efficacemente alla giustizia e alla negoziazione legislativa».

<sup>177</sup> V. T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>178</sup> F. LUCHAIRE, *La sûreté: droit de l'Homme ou sabre de M. Prud'homme ?*, in *Revue du Droit Public*, 1989, 610. Cfr. anche E. DENNINGER, *Cinque tesi sull'architettura della sicurezza, in particolare dopo l'11 settembre 2001*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto*, cit., 38.

<sup>179</sup> Sulla evoluzione del concetto, oltre al richiamato articolo di Luchaire, v. F. MODERNE, *Sûreté*, in *Dictionnaire Constitutionnel*, diretto da O. Duhamel e Y. Meny, Paris, 1992, 1006 s., nonché, ora, M-A. GRANGER, *Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité?»*, cit., 6 s.

traduzione del principio dell'*habeas corpus*, riferito alla libertà di circolazione e alla garanzia dell'individuo contro l'arresto e la detenzione arbitrari<sup>180</sup>. Si tratta di un approccio che trova conforto anche nella lettura combinata dell'art. 2 e degli artt. 7, 8 e 9 della Dichiarazione francese, i quali ultimi dispongono, rispettivamente, che nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte, che non possono infliggersi pene se non in virtù di una legge anteriore al fatto che fissi sanzioni strettamente ed evidentemente necessarie, che ogni uomo si presume innocente sino a quando non sia stato dichiarato colpevole<sup>181</sup>. Nella medesima prospettiva sembra potersi riguardare anche l'art. 5 della CEDU, laddove prevede che tutti gli uomini hanno diritto alla libertà e alla sicurezza, traduzione moderna del principio per cui nessuno può essere arbitrariamente privato della sua libertà<sup>182</sup>.

Ad ogni modo, anche a voler diversamente interpretare l'art. 2 della Dichiarazione francese, nel valutare la consistenza e l'attualità del presunto «diritto alla sicurezza» non si può omettere di considerare quelle che sono state le fondamentali conquiste del costituzionalismo del XX secolo, prima fra tutte l'emersione e il consolidamento dell'idea per cui i diritti fondamentali sono condizionati dal *principio dello Stato sociale*: «se il singolo, per motivi di carattere materiale, non fosse in grado di esercitare effettivamente la propria libertà, allora questa avrebbe soltanto un valore formale; rimarrebbe sulla carta»<sup>183</sup>. Prospettiva che impone una priorità della «sicurezza dei diritti», riguardata in termini promozionali, rispetto al presunto «diritto alla sicurezza» e che si riverbera anche sul concetto stesso di libertà: garantire lo Stato sociale significa «rendere effettivi i diritti di libertà», assicurare «agli individui un minimo di beni materiali, senza i quali non potrebbero realizzare in pratica la loro libertà»<sup>184</sup>, intesa sia come *indipendenza* sia come *autodeterminazione* o *autorealizzazione*. In ciò sta il principale «salto di qualità» del costituzionalismo<sup>185</sup>, che, «partendo da differenti matrici culturali, risponde positivamente alle sollecitazioni volte ad arricchire il suo ruolo, a recepire, cioè, le domande che provengono dallo sviluppo storico-sociale»<sup>186</sup>.

Mi pare, insomma, che il tema del rapporto tra libertà e sicurezza debba essere riguardato alla luce dello sviluppo storico del costituzionalismo, non potendo essere da esso dissociato. Lo ha

---

<sup>180</sup> Così M-A. GRANGER, *loc. ult. cit.*

<sup>181</sup> Sulla possibilità, attraverso la lettura combinata indicata nel testo, di intendere la *sûreté* come traduzione francese dell'*habeas corpus* v., in particolare, D. THOMAS, *L'evoluzione della procedura penale francese contemporanea: la tentazione securitaria*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto*, cit., 97, che considera il «*droit à la sûreté*» come «conquista rivoluzionaria concretizzata in particolare nell'abolizione delle Lettres de cachet (lettere con il sigillo del Re contenenti un ordine di custodia o di esilio senza giudizio) dell'Ancien Regime».

<sup>182</sup> Per queste notazioni v. M-A. GRANGER, *op. ult. cit.*, 7 e ivi utili riferimenti bibliografici.

<sup>183</sup> P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it. a cura di Ridola, Roma, 1993, 49.

<sup>184</sup> P. HÄBERLE, *op. ult. cit.*, 50. In argomento v., di recente, P. CIARLO, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto*, cit., 26: «la sicurezza ha bisogno dei diritti. L'insicurezza, infatti, non deriva soltanto dalle bombe terroriste, ma anche dall'incertezza derivante dal fatto che non so se il mio voto sia libero, non so se potrò far studiare i miei figli, non so se potrò curarmi adeguatamente».

<sup>185</sup> G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 251.

<sup>186</sup> G. FERRARA, *op. ult. cit.*, 250.

ampiamente dimostrato in un recente saggio Paolo Ridola, proprio partendo dalla constatazione del «rilievo centrale» assunto dalle «elaborazioni delle teorie del contratto sociale, sviluppatasi nell'età moderna sullo sfondo della formazione di grandi aggregati territoriali raccolti intorno ad un potere unitario sovrano»<sup>187</sup>. Nel momento in cui il modello medievale fondato sui «legami di protezione» fra i signori territoriali si rivelava inidoneo ad assicurare la pace sociale, proprio l'esigenza della protezione della sicurezza diveniva un fondamentale presupposto di legittimazione nel processo di accentramento della sovranità. Lo spartiacque è stato segnato, in un certo senso, dalla pace di Westfalia del 1648, che sanciva la fine delle guerre di religione e inaugurava un nuovo ordine internazionale, assumendo la «protezione della sicurezza» come «compito collettivo degli stati garantito dal diritto internazionale»<sup>188</sup>. Le dottrine del contratto sociale si iscrivono in questo contesto storico politico, ponendo, sia pure in termini molto differenti, le basi teoriche per l'affermazione del processo di accentramento della sovranità<sup>189</sup>.

Nelle esperienze dello Stato liberale, la sicurezza sarebbe poi stata assunta come impegno primario dei poteri pubblici, «funzionale al controllo e al contenimento delle spinte eversive che venivano maturando al di fuori dell'orizzonte omogeneo della sfera pubblica borghese»<sup>190</sup>. In linea di continuità con la neutralizzazione kantiana – «la risoluzione del rapporto fra libertà e sicurezza» è affidata «al diritto e alla legalità formale come luoghi della mediazione neutrale dei conflitti intersoggettivi» – «i corrispondenti compiti di polizia assolti dallo stato sarebbero stati inquadrati (ed armonizzati) dalla cornice della legalità formale, allineandosi alle tranquillizzanti dighe difensive apprestate dal giuspositivismo statualistico»<sup>191</sup>. L'omogeneità della base sociale dello Stato, la sua struttura monoclasse, permetteva la predetta «neutralizzazione attraverso lo stato di legislazione»<sup>192</sup>.

Il passaggio allo stato pluriclasse, l'ampliamento del catalogo dei diritti, l'assunzione dell'impegno da parte dei pubblici poteri a rimuovere le diseguaglianze al fine di rendere effettivo il godimento dei diritti non potevano non riflettersi sul paradigma del rapporto fra libertà e sicurezza. All'accrescimento degli spazi e del raggio di azione del principio di libertà nello stato costituzionale contemporaneo corrisponde un accrescimento del bisogno di sicurezza, che pure resta sullo sfondo, quasi mai positivizzato nelle costituzioni nazionali<sup>193</sup>, trovando invece risalto nelle carte

---

<sup>187</sup> P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 138.

<sup>188</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*; P. CIARLO, *op. cit.*, 20.

<sup>189</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 139 e ivi i riferimenti ai differenti orientamenti dell'approccio contrattualista in Hobbes, Locke, Rousseau e Kant.

<sup>190</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 142.

<sup>191</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>192</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 143.

<sup>193</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., 45, il quale rileva che la sicurezza delle persone e della collettività, pur non trovando spesso

internazionali e regionali dei diritti e nell'ordinamento europeo<sup>194</sup>. Come rilevato nella suggestiva ricostruzione di Paolo Ridola, il tema della sicurezza assume una «fisionomia in parte nuova», conseguenza della dilatazione del relativo bisogno che «a causa dell'emergere di conflitti radicali come anche per effetto dell'invasività delle nuove tecnologie ... investe settori svariati, come ad esempio quello della medicina, dell'economia, dell'ambiente, della protezione della sfera privata»<sup>195</sup>. Si profila un «nuovo paradigma del rapporto fra libertà e sicurezza» che non dipende soltanto dall'esigenza di rispondere all'emergenza del terrorismo internazionale dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 ma ha cause più risalenti e profonde. Il problema principale è quello delle risposte al crescente bisogno di sicurezza, le quali dovrebbero «trovare direttrici di orientamento nel quadro costituzionale»<sup>196</sup>, evitando di cadere nel «paradosso della sicurezza» determinato dall'irraggiungibile obiettivo di cancellare le situazioni di rischio, il cui perseguimento porterebbe a «trasformare lo stato in un soggetto che sa e può tutto e dunque in un fattore di soffocamento della libertà»<sup>197</sup>. La necessità di prevenire situazioni di rischio, riguardata anche in termini dinamici come esigenza di «garanzia della continuità nel tempo del godimento di diritti e di aspettative future, attraverso la *prevenzione* dei bisogni dell'esistenza»<sup>198</sup>, non può comportare la regressione e la perdita del valore prioritario di guida del principio di libertà<sup>199</sup>. Quest'ultimo deve «conservare la propria capacità di orientamento nei confronti delle misure adottate in situazioni di emergenza», imponendo, tra l'altro, sia «un'interpretazione rigorosa dei canoni della necessità e della proporzionalità, finalizzata a lasciare *off-limits* molte misure estreme» sia «la temporaneità delle misure straordinarie»<sup>200</sup>. Per concludere sul punto con Ridola, «il risalto che le costituzioni del pluralismo conferiscono al principio libertà indirizza giocoforza verso ponderazioni orientate dal canone che configura la libertà come la regola e la sicurezza come l'eccezione»<sup>201</sup>.

---

menzione nei cataloghi costituzionali dei diritti, «ha mantenuto una qualificazione fondamentale implicita, come situazione retrostante e presupposta rispetto a quella degli altri diritti, spesso identificabili alla stregua di sue declinazioni particolari o strumentali». Nella prospettiva di D'Aloia, la sicurezza, pur non assurgendo a diritto, «appare sempre più nitidamente come un elemento coesistente alla qualità della vita delle persone, che viene rivendicato e apprezzato in sé, non solo come condizione per poter fare altre cose o per esercitare diritti» (p. 50).

<sup>194</sup> Ridola richiama gli artt. 2 e 29 TUE, 61 TCE, 5 CEDU, 6 Carta dei diritti fondamentali UE. Peraltro, come sottolineato da E. DENNINGER, *Cinque tesi sull'architettura della sicurezza*, cit., 37 s., la previsione per cui «ciascuno ha diritto alla libertà ed alla sicurezza» contenuta nelle ultime due disposizioni richiamate, non vale ad attribuire alcun significato autonomo al concetto di sicurezza, come emerge dalla prassi decisionale della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Anche qui la sicurezza va intesa come protezione da «ingerenze "arbitrarie" da parte del potere pubblico nel diritto di libertà del singolo. Ciò corrisponde alla tradizione giuridica francese, che intende il concetto di *sûreté* come *garantie de la sécurité juridique de l'individu face a pouvoir*».

<sup>195</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>196</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>197</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 144, il quale fa riferimento alla definizione di C. GUSY, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, in *VVDStRL* 63, Berlin, 2004, 151.

<sup>198</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>199</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 145.

<sup>200</sup> P. RIDOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>201</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 146.

Su quest'ultimo aspetto vorrei conclusivamente incentrare l'attenzione, condividendo l'approccio di quella dottrina la quale ritiene che il tema delle misure d'eccezione, come quello più generale del rapporto tra le esigenze di sicurezza e i diritti degli individui, costituisce senz'altro «un punto di contraddizione tra valori diversi. Vi si confrontano le ragioni dello Stato e quelle delle persone, le ragioni della concentrazione del potere di decisione e la sua collocazione in una sede democratica; perciò è tema in cui, come in pochi altri, le teorie riflettono l'atteggiamento di chi le esprime verso i valori in conflitto: le scelte sono inevitabilmente legate alla diversa adesione di ciascuno all'uno o all'altro valore»<sup>202</sup>. Ebbene il mio atteggiamento è senz'altro volto a preferire i valori della persona rispetto a quelli dell'istituzione (e quindi dello Stato), le ragioni della democrazia su quelle dell'autorità. Avendo coscienza dei miei pre-giudizi ho cercato di controllarli, ma non mi sento di negare che questi possano aver condizionato la direzione del mio studio sulla sicurezza nel gioco del bilanciamento. Mi sembra, comunque, che tale condizionamento trovi un solido fondamento nella nostra Costituzione e nelle altre costituzioni del pluralismo, spingendo, come detto, verso ponderazioni orientate dal canone che configura la libertà come la regola e la sicurezza come l'eccezione. Semmai, sarebbe da auspicare che il bilanciamento si traduca in scelte politiche orientate dal suddetto canone e non in ponderazioni interamente rimesse, come troppo spesso accade, alle Corti costituzionali. Altrimenti, come alcuni autori ormai paventano, potrebbe indebolirsi la stessa posizione di supremazia della Costituzione o almeno determinarsi un vero e proprio «impoverimento» del diritto costituzionale conseguenza della omologazione della efficacia prescrittiva della Costituzione ai canoni di un diritto giurisprudenziale<sup>203</sup>.

Chi abbia a cuore le ragioni della rappresentanza, chi veda nella legge non dico *la* «espressione della volontà generale» ma almeno *una* fondamentale espressione di democrazia, in quanto atto che per il tramite dei rappresentanti è riconducibile alla volontà del popolo, non può che guardare con scetticismo alle tecniche utilizzate dalla Corti nelle valutazioni sui «bilanciamenti», condotte principalmente secondo i canoni della ragionevolezza, della adeguatezza e della proporzionalità. Tecniche, queste ultime, che finiscono senz'altro per attribuire alle Corti un notevole margine di discrezionalità nelle valutazioni di costituzionalità. Ma prima di invocare in modo assoluto un *self restraint*, occorre pure interrogarsi sullo stato attuale della democrazia, sulla reale capacità delle Assemblee elettive di comporre i diversi interessi e orientamenti che emergano nel corpo elettorale. Il che vuol dire verificare attentamente quali siano i modi di composizione degli organi rappresentativi, se essi siano idonei ad assicurare il pluralismo e la rappresentanza prevedendo, in particolare, un sistema di traduzione di voti in seggi che consenta effettivamente la proiezione delle

---

<sup>202</sup> L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA – P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 479 ss.

<sup>203</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 119 e ivi riferimenti ad Habermas, Böckenförde e Ladeur.

diverse posizioni in seno alle Assemblee elettive. Quando questo non si verifica, perché il sistema elettorale consente, con meccanismi premiali, ad una minoranza di divenire maggioranza parlamentare, perché impedisce, mediante elevate soglie di sbarramento, ad una parte consistente dell'elettorato di avere rappresentanza in seno all'Assemblea elettiva, perché esclude, abolendo le preferenze, che gli elettori possano scegliere i rappresentanti, la stessa idea che il Parlamento sia il luogo di massima espressione della democrazia pluralistica ne esce fortemente ridimensionata. Il bilanciamento, la ponderazione, il tentativo di composizione delle diverse istanze, quando vi è, si riduce ad un gioco tutto interno alla contingente maggioranza parlamentare o, più spesso, al Governo che ne è espressione. In queste circostanze, specie ove il bilanciamento sia operato tenendo in primaria considerazione le esigenze di sicurezza o evocando la necessità di rispondere a situazioni emergenziali, l'eterocontrollo affidato alle Corti costituzionali può paradossalmente rivelarsi la valvola di salvezza dello stesso principio democratico<sup>204</sup>, inducendo a condividere la nota affermazione di Fromont per cui accanto alla legittimità democratica che si esprime attraverso il Parlamento, il Governo e gli altri organi dello Stato, si impone la necessità di tenere conto di una legittimità democratica che si esprime attraverso il testo della Costituzione e la giurisprudenza che si sviluppa a partire da esso<sup>205</sup>. E allora quegli stessi criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, utilizzati dalla Corte italiana per «salvare» legislazioni di emergenza potrebbero un domani servire, come ha fatto la Corte suprema d'Israele, per «colpire» norme che, in nome della tutela della sicurezza, si rivelino liberticide o discriminatorie. Ma in una vera democrazia pluralistica, nella quale le decisioni siano assunte a seguito di un confronto tra le diverse istanze reso possibile dai modi di composizione delle Assemblee elettive, tale ipotesi dovrebbe davvero costituire una *extrema ratio*. Per questo credo si debba insistere sulla necessità di optare per sistemi elettorali che non obliterino o comprimano sensibilmente le esigenze della rappresentanza, anche al fine di consentire che le delicate ponderazioni tra libertà e sicurezza, tra regola ed eccezione, siano il frutto di un confronto e possibilmente di un compromesso. Sarà pure un'altra storia, ma questa incide sul nostro tema, come credo sia dimostrato anche dalle recenti scelte in tema di sicurezza compiute dall'attuale maggioranza politico-parlamentare.

---

<sup>204</sup> Si evoca la nota concezione kelseniana per cui il rispetto delle minoranze e dei diritti fondamentali dell'individuo determina la necessità di un eterocontrollo, di un sindacato ad opera di un'autorità indipendente dalle forze di governo: H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione?* (1930-31), in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981, 277 ss.

<sup>205</sup> M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, 132.