

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **DIGNITÀ UMANA E DIRITTI FONDAMENTALI: CARATTERI, CONSEGUENZE E PERICOLI DELLA COSTITUZIONALIZZAZIONE DELL'EMERGENZA**

Posted on 10 Aprile 2017 by [Alessio Martino](#)

Recensione a *"Costituzione. Emergenza e terrorismo"*, Jovene Editore, Napoli 2016 di Giovanna De Minico

La discussione sulla funzione di garanzia che i diritti fondamentali – e quindi la dignità umana – devono avere in ambito costituzionale si è necessariamente dovuta confrontare, nel corso del XXI secolo, con l'emergere della minaccia terroristica e la conseguente rimodulazione del sistema dei valori della modernità.

Un tema tanto delicato deve essere trattato assumendo quale punto di partenza il profondo cambiamento di culture, abitudini e sentimenti del mondo occidentale successivamente agli attentati del settembre 2001; basti pensare alle sorti del concetto di "dignità umana" che, da una posizione di assoluta centralità, conseguente ad un lungo processo di sviluppo, ha subito un'intensa e repentina regressione dovendo d'improvviso confrontarsi con un contesto segnato da una sanguinosa battaglia contro un modello terroristico indeterminabile e difficilmente collocabile geograficamente, e riconoscibile dalle democrazie occidentali più per le diversità storico-culturali che per la concretezza del pericolo da

esso rappresentato. Tutto ciò ha avuto la drammatica conseguenza di generare, a ben vedere, una guerra fra popoli piuttosto che una lotta al terrorismo, all'interno della quale «la parte "occidentale" ha smarrito il senso del rispetto per lo Stato di diritto e per i diritti umani» ritrovandosi coinvolta nel «tentativo di giustificare la tortura e le politiche di sparizioni forzate di persone sospettate di terrorismo» (S. Zappalà, *La tutela internazionale dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 137), che sin dalla seconda guerra mondiale aveva invece instancabilmente combattuto.

L'analisi dello "stato di emergenza" proposta nel volume di De Minico sottolinea quanto una condizione nata come risposta *extra ordinem* ad un evento straordinario abbia finito per rappresentare uno *status* abituale nel quale predisporre le quotidiane risposte ad un «terrorismo del tempo ordinario» (pag. 1) che ha caratterizzato le politiche criminali e di sicurezza del nuovo millennio, oramai unicamente costruite su «leggi che nasc sulla spinta della speciale paura determinata dal terrorismo» (pag. 2). Il percorso dell'Autrice prende le mosse dall'indirizzo securitario che ha profondamente segnato l'emergere di una nuova idea di "guerra", e che ha portato al pericolo di una rinuncia alla centralità dell'uomo e dei suoi diritti in favore dell'ascesa della garanzia di sicurezza. È seguendo un simile itinerario che si è giunti all'affermazione di una decisione politica influenzata dal «ricatto della violenza», che ha progressivamente portato i governi occidentali ad abdicare «alla cultura della libertà e dell'equilibrio dei poteri, soffocando le prime irragionevolmente anche nei confronti di chi non è in odore di terrorismo e accumulando poteri nelle mani di esecutivi, collocati in zone più o meno franche dal riesame giudiziario» (pag. 3).

L'Autrice mette emblematicamente in luce il perno intorno al quale il discorso sull'emergenza deve necessariamente essere costruito, vale a dire quello del ruolo da assegnare all'interno della stessa al concetto di "diritti fondamentali", che non può prescindere dai «limiti invalicabili dati dal nocciolo duro dei diritti, che rimane comunque incompressibile qualunque sia il bene da bilanciare in contrapposizione» (pag. 4). È in questo contesto che la c.d. "*law of fear*" travalica spesso i limiti imposti dalla dottrina dei diritti, ponendo la questione della necessità o

dell'opportunità di un limite costituzionale espresso in una norma positiva di rango fondamentale: in questa direzione vanno le diverse soluzioni prospettate nel volume – fra tutte la positivizzazione delle c.d. *“emergency clauses”* – le quali potrebbero rappresentare la più idonea via di fuga dall'esercizio indiscriminato del potere da parte di amministrazioni governative, cui gioverebbe invece l'intrinseca vaghezza di una norma implicita. In questo ambito, se da un lato risulta chiaro che per combattere la minaccia terroristica «la legge della paura derogare alla disciplina costituzionale prevista per le libertà fondamentali, bilanciandole con esigenze di sicurezza» non può che essere immaginato, quale limite e baluardo in difesa della dignità, «il nocciolo duro dei diritti fondamentali da argine insuperabile rispetto al potere normativo dell'emergenza» (pag. 47). D'altro canto, una concessione in favore delle politiche securitarie non può essere tradotta in una limitazione della dignità umana, «filo rosso che tiene insieme questa pluralità di contenuti essenziali» (pag. 102), estrinsecatisi nei diritti fondamentali.

C'è da chiedersi se l'assenza di una *“emergency clause”* sia davvero la causa della deriva legislativa che ha portato al proliferare dell'indirizzo securitario, fondato in definitiva sulla paura; ancor di più, è necessario domandarsi quanto la positivizzazione di una clausola dedicata allo stato d'emergenza e sospensiva di alcuni valori centrali dell'ordinamento possa concretamente rappresentare una risposta efficace all'istanza di disciplina e gestione dello stato di emergenza. Norme di questo tipo potrebbero, in effetti, rappresentare un limite certo posto al *“diritto di reazione”* da parte dei governi, ma è problematico immaginare in quale direzione esse finirebbero per dirigersi: se nel verso di un contenimento dei poteri dell'esecutivo, delimitando cioè l'ambito di applicazione delle leggi determinate dallo stato di paura conseguente ad un attacco terroristico; ovvero se nel senso di individuare una sorta di terreno franco nel quale il potere possa essere esercitato sospendendo i diritti fondamentali in assenza di idonei meccanismi di controllo e garanzia (e proprio questa prospettiva sembra in concreto aver finito per caratterizzare il disegno dei costituenti di Weimar).

Non è possibile trascurare, nell'ambito di una riflessione su argomenti di

questo tipo, che «nella lotta contro il terrorismo la democrazia deve continuare a essere se stessa e quindi agire in accordo con i canoni dello stato di diritto» (pag. 300) senza poter derogare all'essenza stessa della propria struttura valoriale: torna centrale, a questo riguardo, il tema della tutela della dignità umana. Orbene, la necessaria centralità della dignità trova origine nel suo rappresentare il "bene per eccellenza" in capo all'individuo, che si traduce principalmente nel diritto all'autodeterminazione e da cui trae linfa ogni singola estrinsecazione dei diritti fondamentali (sul punto v. P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2010). Posizionare la dignità all'apice della piramide dei valori posti a protezione dell'integrità degli individui significa riconoscergli *ab origine* il ruolo di bene autonomo e preesistente rispetto al singolo diritto, il cui nocciolo duro non può quindi rappresentare altro che la sua stabile cerniera di con il concetto di dignità, da cui nasce, e che deve per questo restare sottratto a qualsiasi mediazione, al netto di qualsiasi risultato si voglia conseguire. Questa visione trova riconoscimento nel volume di De Minico, la quale giunge sin dalle note introduttive del proprio lavoro ad affermare che «se ogni diritto fondamentale si risolve nella pretesa che chiunque si astenga dal comprometterlo, essa è innanzitutto pretesa che il legislatore ne rispetti l'identità essenziale» (pag. 96), la quale può essere rinvenuta solo ed esclusivamente nella dignità dell'uomo.

Molto interessante risulta l'analisi dell'Autrice in merito alla posizione della Corte costituzionale italiana riguardo tale incontro/scontro fra diritti, dignità e politiche di sicurezza. Lo studio dell'atteggiamento del giudice delle leggi, infatti, mette chiaramente in luce i limiti cui andrebbe incontro un sistema nel quale si decidesse di positivizzare una "*emergency clause*", a fronte di una condotta giurisprudenziale dedicata all'interpretazione del singolo caso concreto con lo scopo di adeguare la portata dei singoli diritti al trascorrere del tempo. L'atteggiamento del giudice costituzionale italiano, infatti, è volto principalmente a definire «in modo frazionato il minimo incompressibile di ciascun diritto perché lo distribuisce in più di una decisione; non lo definisce quindi una volta per tutte in uno schema

fisso e imm modificabile, prevalendo invece il paradigma di un concetto variabile al mutare del bene opponente e valevole *rebus sic stantibus*» (pagg. 111-112). A ciò si aggiunga che è il tempo a contribuire «a rendere flessibile e quindi cangiante la consistenza del diritto, ovvero del suo contenuto essenziale» (pag. 103), rendendo per questo necessaria una flessibilità dell'interpretazione che tenga conto del fatto che «ogni popolo ha elaborato un'idea di giusto e sbagliato, di buono e cattivo ma la esprime diversamente dagli altri» e «pertanto, ciò che si considera un diritto umano presso una società può essere definito anti-sociale da un'altra o dalla stessa società in un diverso momento storico» (G. Decarli, Diritti Umani e Diversità Culturale, SEID Editore, Firenze 2012, pag. 37).

L'Autrice analizza poi le conseguenze che ha avuto, in ambito penale, la deriva repressiva conseguente all'emergere della "questione terrorismo". È da notarsi come, effettivamente, il «tratto comune all'intera legislazione penale per fini terroristici l'opinabile scelta legislativa di derogare al modello di incriminazione classica, rappresentata dal reato di danno, a favore di una tecnica descrittiva dell'illecito che anticipa la soglia di punibilità» (pag. 177) sino al c.d. "pericolo astratto", seguendo una logica in aperto contrasto con il principio cardine della necessaria offensività della condotta perché si concretizzi un'ipotesi di reato. Tutto ciò mette in crisi la coppia "univocità" e "idoneità" degli atti sulla quale è fondata la logica dell'art. 56 del codice penale italiano relativo al delitto tentato, sintomo di un inaccettabile avanzamento della repressione che ha finito per portare al concretizzarsi di un pericolo di invasione nel campo dei diritti fondamentali, finanche dei diritti più propriamente giurisdizionali – quale quello all'*habeas corpus* – con conseguenze preoccupanti non solo per il sistema nella sua interezza, ma anche per la stessa credibilità di una cultura occidentale che si era oramai saldamente assestata nella posizione di "garante dei diritti nel mondo" (esemplificative di tale situazioni sono le vicende avvenute nelle prigioni "militari" di Guantànamo e Abu Ghraib ad opera di governi democratici quali quello statunitense e quello inglese).

L'esperienza francese, ampiamente considerata dall'autrice, porta *in primis* al tentativo di costituzionalizzazione della "*état d'urgence*" in seguito

agli attentati del novembre 2015, e *in secundis* all'adozione di una normativa sempre più stringente conseguente allo stato di allarme seguito agli attentati di Nizza, i quali hanno determinato una reazione definitivamente oltre ogni recinto costituzionale: si pensi, solo per fare un esempio, ad un «uso del termine guerra» che non è certamente stato «solo dovuto a enfasi oratoria» (pag. 235), ma ha piuttosto reso esplicita una nuova concezione di reazione al terrorismo fino ad allora estranea all'ordinamento.

Proprio la proposta di un nuovo articolo 36.1 da inserire nella Costituzione francese ha rappresentato il momento culmine dell'annosa discussione, assai presente nell'opera di De Minico, relativa all'opportunità di inserire in Costituzione clausole esplicite riguardanti questo tipo di emergenza. L'obiettivo della riforma costituzionale del 2015 era quello di permettere all'esecutivo di riscrivere, in determinati casi ben individuati, «la disciplina dei diritti fondamentali, discostandosi dal disegno complessivo, quale risulta dal preambolo e dal testo» (pag. 253) della Costituzione stessa. Una clausola di questo tipo, non assicurando invero alcuna garanzia o controllo ulteriore delle attività emergenziali, avrebbe rischiato di aprire a condotte slegate dai valori che hanno caratterizzato la Costituzione e la successiva adesione a organizzazioni di pace quali l'ONU, l'Unione Europea e ancor prima il Consiglio d'Europa, immaginate invece esattamente in opposizione a quella «sconfinata discrezionalità dell'esecutivo» (pag. 254) che sta tornando drammaticamente in auge quale unica possibile risposta alla minaccia terroristica. Il rischio, ed è questo il punto che più di ogni altro emerge nella lettura del volume di De Minico, è quello di finire «per ammettere misure alternative dei diritti per prevenire improbabili fatti di disordine riferibili a chi non aveva nulla a che fare col terrorismo» (pag. 259) tradendo l'idea stessa di dignità umana quale fondamento e realizzazione dello Stato moderno.

L'Autrice, in modo specifico nel capitolo conclusivo dell'opera (ma riprendendo a ben vedere suggestioni presenti lungo tutto il percorso tracciato per giungere ad una compiuta analisi del ruolo del concetto di "emergenza" nell'ambito della crisi costituzionale conseguente all'emergere della minaccia terroristica) sostiene che sia opportuna,

seppure non strettamente necessaria, «la menzione esplicita in Costituzione dell'emergenza», non bastando alla luce degli obiettivi da perseguire una "clausola implicita" che fondi sui principi fondamentali il raggio d'azione del potere costituito. Alla base di questa posizione vi è l'idea che «una clausola espressa concorre a evitare le oscillazioni e le ambiguità interpretative derivanti dall'assenza di una disposizione *ad hoc*, assicurando la certezza del diritto sommamente necessaria dinanzi a una situazione imprevedibile e difficilmente dominabile come il terrorismo» (pag. 277). Tale visione, tuttavia, resta in problematica tensione con l'idea che proprio l'obiettivo di fornire un "titolo costituzionale" all'operato emergenziale dell'esecutivo, così da legittimare *ex ante* il suo operato, rischi di spingere l'emergenza oltre qualsiasi limite di proporzionalità, rischiando di «far scolorire le differenze tra una situazione eccezionale, transitoria e saldamente legata a un fatto straordinario, e una condizione divenuta ordinaria, tendenzialmente permanente e forzosamente collegata con lo specifico evento di pericolo» (pag. 265). Per questa via, si rischia di legittimare però, al limite, la de-assolutizzazione dei diritti e della dignità in favore del controllo delle masse e dei singoli, così eccessivamente valorizzando una garanzia di sicurezza che elude qualsiasi bilanciamento a danno della libertà e dell'autodeterminazione dell'individuo, e dunque della dignità da cui trae essenza tutto l'impianto dei diritti fondamentali.

Appare allora necessario dedicare, in conclusione, qualche ulteriore riflessione alle possibili traduzioni in concreto della positivizzazione di una "*emergency clause*" di rango costituzionale. Ove ricostruita quale clausola esplicita, essa potrebbe infatti comportare il rischio di un eccessivo accentramento dei poteri nelle mani dell'esecutivo; in una diversa prospettiva, invece, essa potrebbe piuttosto dar luogo ad una limitazione del potere stesso e del suo ambito di estrinsecazione, in modo più coerente con i principi fondanti il costituzionalismo contemporaneo. La dignità umana, infatti, potrebbe in quest'ottica essere facilmente riletta quale garanzia e limite, suscettibile di orientare l'esercizio - necessariamente temporaneo e volto al rapido ristabilimento di condizioni di sicurezza - del potere di emergenza da parte dei governi in

reazione ad un attacco terroristico subito.

Resta aperta, concludendo, la discussione sul livello di protezione garantito – da un lato – e della capacità di rispondere concretamente alla minaccia – dall’altro – delle assai diffuse clausole di tipo implicito. Esse infatti esse sembrano ancora oggi più idonee al fine da raggiungere, soprattutto alla luce della loro capacità di adattarsi di volta in volta a situazioni di emergenza, lasciando spazio all’intervento in funzione di garanzia e controllo da parte della giurisdizione (v. B. Ackerman, *La costituzione di emergenza*, Melterni, Roma 2005); d’altro canto non può essere trascurato come la positivizzazione costituzionale delle “*emergency clauses*” possa rispondere a situazioni straordinarie con maggiore incisività, specie qualora sia intesa come mezzo di limitazione degli esecutivi chiamati a reagire e mezzo di tutela dei principi fondamentali.