

**PLURALISMO DEI VALORI, NUOVO
COSTITUZIONALISMO E BILANCIAMENTI
LIBERTÀ-SICUREZZA ***

Mauro Barberis

Università di Trieste **

I don't understand why the strongest
nations on Earth believes that
acknowledging a mistake will threaten
its security (K. Al-Masri)

RESUMEN. Después del 11 septiembre 2001, se habla cada día más de supuestos balances entre libertad y seguridad: balances que corren el riesgo de convertir el Estado constitucional en Estado de seguridad (*Security State*). La metáfora del balance está compartida entre el *value pluralism*, la metaética que atribuye a los valores caracteres como objetividad, pluralidad, conflictividad, incommensurabilidad e indeterminación (§ 2), y el *new constitutionalism* de la posguerra, que atribuye los mismos caracteres a los principios constitucionales (§ 3). Sin embargo, el análisis de los supuestos balances entre libertad, por un lado, y seguridad *individual, social y nacional* respectivamente, por el otro (§ 4), produce el resultado siguiente. Restringir las libertades individuales disminuye también la seguridad individual, sin aumentar en grado significativo la seguridad colectiva.

Palabras clave: pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo, libertad, seguridad

Value pluralism, new constitutionalism, and balances between liberty and security

ABSTRACT. After 9/11, is increasing talk of alleged balances between liberty and security – balances foreshadowing the transformation of Constitutional State in a Security State. The balance's metaphor is shared by value pluralism, the metaethics ascribing to values characters like objectivity, plurality, conflictivity, incommensurability, and indeterminacy (§ 2), with postwar new constitutionalism, ascribing the same characters to constitutional principles (§ 3). However, the analysis of the alleged balances between liberty, on the one hand, and *individual, social and national* security respectively, on the other, produces the following results. Restraining individual liberties weakens *individual* security too, without increasing at a significant extent *collective* security.

Keywords: value pluralism, new constitutionalism, liberty, security

* Il lavoro amplia lezioni del Master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Imperia, 10.2.2016), ed è finanziato da Fondi FRA 2014 dell'Università di Trieste.

** Ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Trieste, mail barberis@units.it

1. PREMESSA

Almeno a partire dall'Undici Settembre, si parla ossessivamente di bilanciare libertà e sicurezza. La metafora della bilancia è comune al *value pluralism*, la metaetica che predica dei valori etici o pratici oggettività, pluralità, conflittualità, incommensurabilità e indeterminatezza (§ 2), e al *new constitutionalism* postbellico, che predica gli stessi caratteri dei principi costituzionali (§ 3). Un'analisi dei bilanciamenti fra libertà, da un lato, sicurezza individuale, sociale e nazionale, dall'altro (§ 4), produce però questa conclusione. Restringere la libertà diminuisce la stessa sicurezza individuale, senza aumentare in misura apprezzabile la sicurezza collettiva.

2. PLURALISMO DEI VALORI

Il pluralismo dei valori non è un'*etica normativa*, più o meno liberale¹. Se lo fosse, non costituirebbe un terreno adeguato per parlare dei conflitti fra libertà e sicurezza e dei possibili bilanciamenti fra di esse. Se fosse un'*etica normativa* come le teorie della giustizia *liberal* o *libertarian*, infatti, dovrebbe considerare la libertà come il valore ultimo, e respingere l'idea di un suo bilanciamento con la sicurezza come un artificio retorico. Questo lavoro arriva a conclusioni non troppo diverse ma prendendo sul serio gli argomenti per la sicurezza: in un senso è vero che questa potrebbe prevalere sulla libertà.

Il pluralismo dei valori è una *metaetica*: un'indagine sullo statuto del disaccordo nel discorso etico e/o nel ragionamento pratico². La metaetica presenta un ulteriore disaccordo, di secondo livello, fra due famiglie di posizioni che qui chiamerò, sbrigativamente, oggettivismo e soggettivismo (meta)etici³ (cfr. 2.1). Adottando la nota distinzione fra livelli rispettivamente intuitivo e critico del discorso etico e/o del ragionamento pratico⁴, le ragioni – empiriche o fattuali, analitiche o concettuali, normative o valutative – pro e contro tali posizioni potrebbero presentarsi così.

Secondo l'*oggettivismo* metaetico, i disaccordi che si riscontrano comunemente nelle discussioni di etica normativa sarebbero legittimi solo *prima facie*: a un livello più profondo, *all things considered*, si

¹ Su questo punto, cfr. la discussione svoltasi su *Political Studies*, 42/2, 1994, fra George Crowder e i due maggiori esponenti del *value pluralism*, Isaiah Berlin e Bernard Williams. Un allievo di Berlin che assume posizioni di compromesso su libertà e sicurezza è Michael Ignatieff: cfr. Id., *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton, Princeton U. P., 2004.

² I teorici del diritto parlano di disaccordi interpretativi: cfr. P. Luque Sánchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2012. I cultori di metaetica dovrebbero parlare di disaccordi etici o pratici.

³ Nonostante le controindicazioni, preferisco queste denominazioni, usate anche dagli autori di cui mi occupo, ad altre non meno comuni ma nient'affatto coincidenti, come cognitivismo/noncognitivismo o, peggio, realismo/antirealismo.

⁴ La distinzione, largamente ripresa anche dai teorici del diritto, si deve a R. M. Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point*, Oxford, Oxford U. P., 1981.

rivelerebbero illegittimi. Infatti, i problemi etico-normativi, anche solo per potersi dire tali, dovrebbero sempre ammettere *una* soluzione oggettiva, o corretta, o migliore di altre... Secondo il *soggettivismo* metaetico, invece, il disaccordo *prima facie* potrebbe restare perfettamente legittimo anche *all things considered*: i problemi etico-normativi, dopotutto, sono tali proprio perché ammettono *più* risposte legittime, che possono essere sempre rimesse in discussione.

Fra le tante ragioni del disaccordo metaetico, forse, bisognerebbe tenere in maggior conto i diversi scopi delle discipline interessate. Per discipline prevalentemente *normative*, come filosofia morale o politica, ma anche, in modo diverso, economia o dottrina giuridica, è essenziale giustificare soluzioni condivise: forse non per caso molti cultori di queste discipline sono oggettivisti. Per discipline prevalentemente *conoscitive*, come teoria del diritto e scienze sociali, invece, è almeno altrettanto importante spiegare i disaccordi: forse anche per questo molti cultori di tali discipline sono soggettivisti.

La discussione fra oggettivisti e soggettivisti, come vedremo, tende a essere sostituita dalla discussione fra monisti e pluralisti dei valori. Quest'ultima va però distinta, a scampo di equivoci, dalla discussione su unità oppure frammentazione del ragionamento pratico. I teorici del diritto hanno spesso sostenuto la frammentazione del ragionamento pratico in morale, politico, giuridico: ciò che escludeva la rilevanza dei valori etici per il ragionamento giuridico. I valori divengono essenziali, invece, per i sostenitori dell'unità del ragionamento pratico: lo statuto dei valori non è meno importante per i teorici del diritto che per i filosofi morali o politici⁵.

La distinzione fra monismo e pluralismo dei valori, finalmente, ruota attorno al disaccordo e anzi al conflitto in etica, e alla sua componibilità *all things considered*. Non è, però, una dicotomia o una classificazione in senso logico: è un'opposizione polare. Si danno almeno cinque alternative a proposito dei valori: non solo oggettività / soggettività, ma anche unità / pluralità, armonia / conflitto, commensurabilità / incommensurabilità, determinatezza / indeterminatezza. A seconda delle scelte che operano per ognuna di queste alternative, singoli autori si collocano più vicini al polo monista oppure al polo pluralista.

Una tematizzazione importante del pluralismo dei valori, e dei suoi rapporti con il diritto, è stata fornita da Bruno Celano. Cito per esteso un suo passo, molte delle cui espressioni verranno esaminate in seguito.

El derecho es necesariamente expresión de valores y principios éticos objetivos. Tarea del derecho positivo es la determinación de estos principios y valores. Pero los valores, por hipótesis objetivos, son múltiples, conflictivos, incommensurables e indeterminados. Su determinación exige, pues, ponderación, resolución de conflictos, conmesuración de lo incommensurable, determinación de lo indeterminado. El derecho [positivo] realiza esta determinación

⁵ Devo questa distinzione a una discussione con Nicola Muffato.

mediante una estructura nomodinámica (instituciones de poderes normativos)⁶.

Altrove ho presentato il pluralismo dei valori come la metaetica del costituzionalismo⁷. Qui, invece, nel § 2 formulo cinque tesi distintive del *value pluralism* sui valori etici o pratici, mentre nel § 3 formulo cinque tesi corrispondenti sui principi costituzionali emergenti nel *new constitutionalism*. Le corrispondenze fra queste tesi non sono dovute a influenze reciproche: normalmente filosofi dell'etica e costituzionalisti s'ignorano a vicenda. Piuttosto, i principi del nuovo costituzionalismo sembrano essere la formulazione giuridica dei valori del pluralismo, in una sorta di equilibrio riflessivo in cui metaetica e istituzioni costituzionali si arricchiscono a vicenda.

2. 1. *Valori etici oggettivi?*

In metaetica, la discussione tra oggettivisti e soggettivisti tende a essere sostituita da quella fra monisti e pluralisti dei valori: benché poi le due distinzioni non coincidano. Certo, i monisti (giusnaturalisti, utilitaristi...) sono oggettivisti, mentre i padri del pluralismo, Friedrich Nietzsche e Max Weber, sono soggettivisti più o meno radicali. Peraltro, pluralisti come Celano, Isaiah Berlin l'inventore della stessa etichetta «value pluralism», e Bernard Williams, si dichiarano oggettivisti: con un'ambiguità che occorre dissipare, non foss'altro per mostrare in che cosa il pluralismo dei valori costituisca un progresso rispetto al soggettivismo metaetico.

La vecchia disputa fra oggettivisti e soggettivisti verte sui valori solo per metonimia; in realtà, verte sui giudizi di valore, di cui i valori costituiscono i parametri. Pluralisti come Berlin, Williams e Celano considerano i *valori* oggettivi solo in quanto dati nella cultura umana: come vedremo più avanti (cfr. 3.1), lì si potrebbe pensare come il prodotto di processi di astrazione. Da giudizi di valore più o meno soggettivi, ad esempio in termini di giustizia, libertà, solidarietà, si astraggono cioè valori oggettivi come giustizia, libertà, solidarietà: ma al prezzo della loro indeterminatezza (pluralità, conflittualità, incommensurabilità, oltre che genericità)⁸.

I *giudizi di valore*, dovendo scegliere, conciliare, commisurare e determinare valori siffatti, restano dunque in larga misura soggettivi. Proprio in questo, peraltro, il pluralismo dei valori costituisce un progresso rispetto alle metaetiche soggettiviste. Esso, infatti, spiega-

⁶ B. Celano, *Derecho, justicia, razones* 2009, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 150 (la traduzione è di José Juan Moreso).

⁷ Cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi* (2006), trad. cast. *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 163-197 e, sin dal titolo, «Metaetica del costituzionalismo», in *Diritto & questioni pubbliche*, 2011, 133-156.

⁸ Berlin implicitamente, Celano esplicitamente, invocano a questo proposito il principio di carità interpretativa di Willard Quine e Donald Davidson: per comprendere credenze altrui, dobbiamo necessariamente postulare una qualche somiglianza con le nostre. Ad esempio, I. Berlin, «My Intellectual Path» (1998), trad. cast. «Mi trayectoria intelectual», in Id., *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001, 123-136, si chiede se dell'insieme dei valori oggettivi facciano parte i «valori» nazisti, e risponde che sì: potremmo *comprendere* che donne e uomini come noi, a certe condizioni, abbiano potuto dividerli.

giustifica l'accordo su valori indeterminati e il disaccordo sulle loro determinazioni, identificando le ragioni dell'uno e dell'altro. Nella formulazione di Celano, inoltre, questa metaetica pluralista restituisce un ruolo cruciale al diritto: chiamato, nella divisione del lavoro etico, a determinare valori oggettivi ma, o perché, indeterminati⁹.

2. 2. Valori etici plurali?

Che i valori siano molteplici suonerebbe ovvio, *prima facie*: se non restasse possibile, *all things considered*, ridurli ad unità. È proprio questo che fa il monismo dei valori, ritenuto da Berlin la tradizione centrale dell'etica occidentale: riduce la pluralità dei valori a unità, o a un ristretto nucleo di valori ultimi. Di volta in volta l'eudaimonia, il (sommo) bene, il rispetto dei patti, la vita, l'utilità, la dignità umana, vengono considerati il valore ultimo: o, forse l'ingrediente comune a tutti i valori che può fungere da criterio per risolvere i loro (apparenti) conflitti o almeno da misura comune per rimediare alla loro (apparente) incommensurabilità.

Tutte le posizioni pluraliste, in senso latissimo, condividono la negazione del monismo. Occorre però distinguere i significati di tre espressioni spesso usate indifferentemente per indicarle: «politeismo dei valori», «pluralismo dei valori», e «pluralismo etico». Il politeismo dei valori (*Polytheismus der Werte*) di Max Weber abbraccia tutti i valori: religiosi (sacro/profano), epistemici (vero/falso), estetici (bello/brutto), e strettamente etici (buono/cattivo)¹⁰. Il *value pluralism* di Berlin oscilla, ma finisce per riferirsi soprattutto a valori etici o pratici. Il pluralismo etico o pratico, infine, si riferisce esclusivamente a questi ultimi.

Anche la scelta fra monismo e pluralismo dei valori, come ogni altra opzione metaetica, dipende inscindibilmente da considerazioni di tre tipi: empiriche o fattuali, analitiche o concettuali, normative o valutative. È sempre possibile cercare di distinguere queste tre componenti di qualsiasi posizione metaetica, e spesso è necessario farlo: ma è chiaro che esse sono inestricabilmente connesse. Se le si distingue – come tendono a fare i filosofi analitici, anche quando problematizzano le distinzioni fra empirico, analitico e normativo – si può parlare di metaetica; quando non le si distingue, invece, si può parlare più propriamente di metafisica¹¹.

2. 3. Valori etici confliggenti?

I valori formano un *kosmos*, un insieme ordinato di beni, oppure un *caos* di impulsi vitali confliggenti? Il *value pluralism* assume che i valori siano plurali: ciò che non basta a definirlo. Anche John Finnis,

⁹ Cfr. in particolare B. Celano, *Derecho, justicia, razones*, cit., 23-60.

¹⁰ Così M. Weber, «Wissenschaft als Beruf» (1919), trad. cast. «La ciencia como profesión» in Id., *La ciencia como profesión. La política como profesión*, Madrid, Espasa Calpe, 1992. C. Schmitt, *Politische Theologie* (1922), trad. cast. *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009, estende la classificazione a valori economici (utile/svantaggioso) e politici (amico/nemico)¹⁰.

¹¹ Questo è il cuore dell'accusa di metafisica mossa dal neopositivismo logico alle filosofie tradizionali. In seguito molte distinzioni neopositivistiche si sono indebolite: ma prenderle sul serio, non foss'altro per criticarle, resta forse l'unico aspetto distintivo di una filosofia o teoria analitica.

ad esempio, elenca sette beni fondamentali: vita, conoscenza, gioco, bellezza, amicizia, ragionevolezza pratica, religione. Non può qualificarsi un pluralista, peraltro, perché non contempla la possibilità del loro conflitto¹². Per il pluralismo, d'altronde, i valori sono sì confliggenti, ma i loro conflitti non sono inconciliabili. *Trade-offs*, compromessi, bilanciamenti sono sempre possibili, ma possono richiedere scelte tragiche: questa l'idea distintiva del pluralismo¹³.

Come notava già Max Weber, che si diano disaccordi etici o pratici, più o meno estesi secondo le epoche e le culture, è un fatto empirico importante ma non decisivo per l'alternativa oggettivismo/soggettivismo¹⁴. Altrettanto decisivo è come i disaccordi sono definiti: ad esempio, solo *prima facie* o anche *all things considered*? Infine, non meno importante è la dimensione normativa o valutativa. Nell'etica antica, tipica di società *face to face* e chiuse verso l'esterno, l'armonia era un valore quasi indiscusso. Nell'etica moderna, invece, diventa sostenibile l'idea machiavelliana della produttività del conflitto.

Su questi temi la letteratura pluralista adotta un atteggiamento realistico, nel senso del realismo politico e giuridico. È questo a farne un buon punto di partenza per affrontare problemi come il conflitto fra libertà e sicurezza. A differenza del relativismo (meta)etico, per il quale dopotutto *anything goes*, il pluralismo prende sul serio il conflitto: salvo fare poco più che ammetterlo e ipotizzare compromessi. Il nuovo costituzionalismo, invece, è meno drastico sui conflitti ma più interessato alla loro composizione: per la quale adotta tecniche come bilanciamento e test di proporzionalità (cfr. 3.3).

2. 4. *Valori etici incommensurabili?*

«Incommensurabilità» ha due sensi principali. Nel *primo* senso, forte, indica incomparabilità, alterità o eterogeneità fra valori¹⁵. Fra valori incommensurabili in questo senso, talvolta, si postulano scelte *radicali*, ossia assolute (senza contemperamenti) e senza ragioni (che non siano fittizie). Si pensi alla scelta fra verità ed etica proposta da Weber per scienziati e docenti universitari, e che dipende solo, in ultima istanza, dalla vocazione (*Beruf*) del docente. Anche scelte come queste, d'altra parte, possono ben essere razionali: nel duplice senso di non essere assolute, e comunque di ammettere ragioni¹⁶.

¹² Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980; 1992), trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino: Giappichelli 1996: 93-105.

¹³ Cfr. ancora, paradigmaticamente, I. Berlin, «My Intellectual Path», cit., e B. Williams, «Liberalism and Loss», in M. Lilla, R. Dworkin, R. B. Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York: New York Review of Books: 91-104.

¹⁴ Cfr. M. Weber, «Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften» (1917), trad. it. in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Mondadori, Milano, 1958, 326: «Su queste questioni non si arriva a niente attraverso constatazioni di fatto».

¹⁵ Cfr. almeno R. Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1997.

¹⁶ L'alternativa scelta radicale/razionale, e altre alternative solo apparentemente dicotomiche, è proposta da J. Gray, *Isaiah Berlin* (1995), trad. cast. *Isaiah Berlin*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1996, e Id., *Two Faces of Liberalism* (2000), trad. cast. *Las dos caras del liberalismo*, Barcelona, Paidós, 2001

Nel *secondo* senso, debole, «incommensurabilità» significa solo assenza di una misura comune e di un ordine di preferenza prefissato. I monisti hanno spesso ammesso una sorta di misura comune a tutti i valori (l'utilità), o a tutti i diritti (la dignità umana), che fornirebbe anche il criterio per ordinarli *ex ante*: ossia per fornire una gerarchia assiologica prestabilita atta a risolvere i loro (apparenti) conflitti. Per i pluralisti, invece una misura e un ordine siffatti non si danno a priori, ma possono solo cercarsi a posteriori, operando *trade-offs*, compromessi, o bilanciamenti: tutte attività, ovviamente, né irrazionali né, meno che mai, irragionevoli.

L'incommensurabilità, in entrambi i sensi, è un problema teoricamente insolubile, che ammette solo soluzioni pratiche. Nei casi di incommensurabilità, forte o debole, qualcuno alla fine deve decidere, radicalmente o razionalmente. Questo il problema lasciato aperto dal pluralismo dei valori e affrontato dal diritto del nuovo costituzionalismo. Questo istituisce autorità normative che commisurano valori incommensurabili nei due sensi, come libertà e sicurezza; il nuovo costituzionalismo, in particolare, affida il controllo delle loro decisioni a Corti supreme, costituzionali e internazionali (cfr. 3.4).

2. 5. Valori etici indeterminati?

Monisti e pluralisti, infine, possono concordare sull'oggettività dei valori, ma discordano sulla loro determinazione. I valori sono oggettivi sia per i monisti sia per i pluralisti: per i primi perché naturalmente o razionalmente dati, per i secondi perché ricavati per astrazione da giudizi di valore formulati nelle diverse culture. Quanto alla loro determinazione, invece, per i monisti sono riducibili a unità, armonici, commensurabili e complessivamente determinati, mentre per i pluralisti restano sempre molteplici, confliggenti, incommensurabili e complessivamente indeterminati.

Determinatezza e indeterminatezza possono intendersi come un carattere a sé, la genericità (cfr. 3.5), o come l'insieme dei caratteri precedenti, sui quali occorre però aggiungere qualcosa. Le autorità giuridiche chiamate a scegliere, bilanciare e commisurare valori operano determinazioni che restano fatalmente, in qualche misura, soggettive, particolari e contestuali. Ognuno di questi aggettivi, usate diversamente in filosofia morale e in teoria del diritto, si presta a equivoci; occorre allora precisare che qui sono rilevanti i soli sensi giuridici, sui quali si può dire quanto segue.

Le determinazioni delle autorità giuridiche sono soggettive, anzitutto, nel senso di discrezionali: scelte fra possibili alternative. Poi, sono particolaristiche, ma non nel senso del particolarismo morale (relatività a casi concreti), bensì nel senso giuridico di essere strutturalmente instabili, sempre passibili di eccezioni in casi ulteriori. Tali determinazioni sono contestuali, infine, appunto nel senso di essere relative a diversi contesti: che però possono essere più o meno astratti nelle determinazioni legislative, oppure concreti, ma nelle sole determinazioni giudiziali ordinarie¹⁷.

¹⁷ Per tutte queste precisazioni cfr.: in termini di «non trascendibilità del potere decisionale», B. Celano, «*Rule of Law* e particolarismo ético», in P.

3. NUOVO COSTITUZIONALISMO

In Occidente, per la priorità cronologica del *ius* romano sul cristianesimo¹⁸, il diritto ha giocato il ruolo centrale altrove giocato da religione o costume. In particolare, la determinazione dei valori è stata affidata, prima a un ceto di giuristi (Stato giurisdizionale), poi, dopo la Rivoluzione francese, al legislatore democratico (Stato legislativo), infine, dopo Auschwitz, a costituenti, legislatori e giudici, sia ordinari sia costituzionali (Stato costituzionale). «Nuovo costituzionalismo» designa appunto le istituzioni di quest'ultima forma di Stato: istituzioni da non confondere con il neocostituzionalismo, che ne rappresenta la teoria¹⁹.

Dopo la seconda guerra mondiale, sul modello della Costituzione federale statunitense, hanno cominciato a diffondersi le istituzioni costituzionali seguenti. Anzitutto, costituzioni rigide e più o meno «lunghe», con dichiarazioni dei diritti che spesso si estendono a diritti sociali e di altri tipi. Poi, varie forme di controllo di costituzionalità: *judicial review*, controllo accentrato, ricorso diretto o *amparo*. Infine, per effetto di tali istituzioni, il diritto si è «costituzionalizzato»: per mezzo dell'interpretazione costituzionale, i principi si sono «irradiati» nell'intero corpo del diritto²⁰.

Si potrebbe dubitare che il *new constitutionalism* postbellico rappresenti una novità assoluta: Rafa Escudero, ad esempio, ne ha indicato importanti precedenti prebellici²¹. Nuovi possono però considerarsene due aspetti: l'accettazione, dopo Auschwitz, della tradizione liberale dei diritti da parte delle tradizioni cristiana e socialista, sino ad allora ostili; la trasformazione delle dichiarazioni dei diritti in documenti giuridici, applicabili da giudici sia costituzionali sia ordinari²². Certo, si tratta di documenti giuridici ben strani, che invece di determinare i valori etici in regole, sembrano limitarsi a riformularli in principi altrettanto indeterminati.

Se fosse solo per le dichiarazioni dei diritti, in effetti, il nuovo costituzionalismo sembrerebbe solo un inciampo nel processo di determinazione dei valori etici in regole giuridiche. Peraltro, i principi

Luque (a cura di), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, specie 167-176; in termini di «premessa istituzionale», T. Endycott, «Proportionality and Incommensurability», University of Oxford, *Legal Research Paper Series n. 40/2012*, in ssrn.com/abstract=2086622, 17.

¹⁸ Cfr. M. Barberis, *Libertà religiosa*, in «Ragion pratica», 40/1, 2013, 175-189.

¹⁹ Cfr. almeno P. Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, e M. Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2013.

²⁰ «Costituzionalizzazione» e «irradiazione» sono espressioni usate, rispettivamente, da Riccardo Guastini e Robert Alexy.

²¹ Cfr. R. Escudero, *Las huellas del neoconstitucionalismo. Democracia, participación y justicia social en la Constitución española de 1931*, inedito.

²² Cfr. R. Cubeddu, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, in F. Sciacca (a cura di), *La libertà in Occidente*, Soveria Mannelli (Cz), Rubbettino, 2011, pp. 9-39, e molti lavori di Michel Troper, a partire dai saggi raccolti in Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001.

del nuovo costituzionalismo sono determinati da Corti supreme, costituzionali e internazionali, tramite la cosiddetta interpretazione costituzionale: tecniche come il bilanciamento (*Abwägung, balancing*) e i test di proporzionalità (3.4 e 4.3.3). Di tali principi costituzionali, d'altra parte, restano predicabili gli stessi caratteri attribuiti dal pluralismo ai valori: oggettività, pluralità, conflittualità, incommensurabilità, indeterminatezza.

3. 1. *Principi costituzionali oggettivi?*

Costituzioni e dichiarazioni dei diritti postbelliche si presentano come tavole dei valori: si pensi solo alla *Carta di Nizza* (2001) e alla sua sistematica, detta appunto «per valori». La giurisprudenza costituzionale usa tali documenti come un menu tendenzialmente completo cui attingere principi per ogni caso che possa presentarsi: principi tanto espliciti, ossia espressamente formulati nel documento, ma anche impliciti, ricostruiti dagli stessi interpreti. Agli uni e agli altri, a seconda che prevalgano o no nel bilanciamento, si attribuisce poi carattere fondamentale, supremo o ultimo²³.

Nella famosa sentenza Luth (1958) del Tribunale costituzionale tedesco, questo menu di principi viene caratterizzato come «ordine oggettivo di valori»: ma «ordine» e «oggettivo» in che senso? I principi formano un ordine in quanto *indivisibili*, come nel Preambolo della Carta: «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, libertà e solidarietà». La gran parte delle giurisprudenze costituzionali, cioè, ritiene che i principi, lungi dal costituire un mero insieme, identificato estensionalmente dai suoi componenti, formino un sistema, individuato intensionalmente dai rapporti fra tali componenti²⁴.

Dice per esempio la Corte costituzionale italiana nella decisione 85/2013, sul c. d. caso Ilva, rinviando alla propria precedente sentenza 264/2012: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca [...] La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”». Detto altrimenti, il nuovo costituzionalismo sembra mediare fra retorica monista e retorica pluralista attingendo alla tradizionale idea giuridica di sistema: ai possibili conflitti fra principi costituzionali si rimedia attraverso un'interpretazione sistematica.

L'ordine dei principi è oggettivo, poi, per una ragione reperibile nella sua forma più chiara in Robert Alexy: massimo apologeta del *new constitutionalism* e maggior teorico necostituzionalista. I valori diventano oggettivi perché ricavati da giudizi di valore soggettivi attraverso processi di astrazione che li rendono sempre più

²³ Cfr. P. Faraguna, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Angeli, 2015.

²⁴ Cfr. www.cortecostituzionale.it. A favore di una prospettiva sistematica, cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni/seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, specie 9-10; contro, R. Guastini, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, inedito, 19-20, n. 43.

indeterminati²⁵ (cfr. 2.1). Come per i valori secondo Celano, ma in un processo che si svolge anche dal basso, e non solo dall'alto, il massimo di oggettività dei principi costituzionali si ottiene al prezzo del massimo di indeterminatezza.

3. 2. *Principi costituzionali plurali?*

Se si guardasse solo ai documenti costituzionali, le dichiarazioni dei diritti del nuovo costituzionalismo potrebbero apparire sia moniste sia pluraliste. Si pensi ancora alla Carta di Nizza: che si apre con un principio fondamentale, la dignità umana, salvo poi adottare una sistematica «per valori» che mette tutti i principi sullo stesso piano. In realtà. In realtà, il tenore letterale del testo è meno importante della sua interpretazione: a proposito della quale si oppone talvolta una prospettiva *dignitarian* europea e latino-americana, più monistica e olistica, e una *libertarian* nordamericana, più pluralistica e individualistica²⁶.

In realtà, queste due prospettive appaiono solo diversi *mix* di applicazione deduttiva (*categorical approach*), privilegiata dai *justices* nordamericani, e di bilanciamento, preferito dai giudici continentali²⁷. Come abbiamo già accennato, monismo e pluralismo, coerentismo e conflittualismo, si combinano nella retorica del *new constitutionalism*. Leggiamo ancora la decisione 85/2013 della Corte costituzionale italiana, che in poche righe riformula molti di questi elementi nei termini di quattro formule magiche del nuovo costituzionalismo: bilanciamento, proporzionalità, ragionevolezza, nucleo essenziale dei diritti.

«La Costituzione italiana come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme, e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

3. 3. *Principi costituzionali confliggenti?*

I giuristi sono sempre stati schizofrenicamente scissi fra una teoria coerentista del sistema giuridico, e una pratica conflittualista della soluzione delle antinomie. *Prima facie*, il *diritto*, l'insieme dei materiali giuridici, è antinomico; *all things considered*, dopo la sua sistemazione da parte dei giuristi, diviene un *sistema giuridico* più o

²⁵ Così R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1994), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 555-559.

²⁶ Così M. A. Glendon, *Rights Babel. Thoughts on Approaching 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, in «Gregorianum», 79, 4, 1998, pp. 611-624; cfr. anche C. M. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in «The European Journal of International Law», 19, 4, 2008, pp. 655-724.

²⁷ Cfr. M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and United States: Paradoxes and Contrasts*, in I•Con 2004, 2/4, 633-668.

meno coerente²⁸. Nel caso dei principi costituzionali, la possibilità di conflitti aumenta esponenzialmente con l'allungarsi delle costituzioni e l'inflazione dei diritti: più principi si aggiungono al menu, più conflitti sono possibili.

Le costituzioni del nuovo costituzionalismo tendono alla completezza: pretendono di abbracciare, esplicitamente o implicitamente, tutti i valori presenti in società pluraliste. Completezza e coerenza, però, sono a loro volta ideali confliggenti: il perseguimento dell'uno avviene a scapito dell'altro. Il bilanciamento, benché sia la soluzione standard del conflitto fra principi, non immunizza certo dall'incoerenza: può al massimo ridurla. A questo proposito, Alexy distingue due modelli del bilanciamento: uno critico, detto della decisione (*Dezisionmodell*), e uno apologetico, detto della giustificazione (*Begrundungsmodell*)²⁹.

Si tratta di modelli anche nel senso che, da un lato, uno stesso bilanciamento può essere raffigurato in entrambi i modi, dall'altro, bilanciamenti diversi, compiuti da corti differenti, possono corrispondere di più all'uno o all'altro (cfr. 4.3.3.2). Qui di seguito indico brevemente tre punti discussi dai difensori dei due modelli, mostrando come il modello della giustificazione sia più esplicativo del modello della decisione. I punti discussi sono relativi al fatto che il bilanciamento: 1) sia una scelta secca oppure un contemperamento; 2) riguardi casi concreti o più o meno astratti; 3) determini gerarchie mobili oppure fisse.

3. 3. 1. Quanto a *scelta secca o contemperamento*, vi sono certo sentenze, come la famosa decisione della Corte suprema statunitense sull'aborto, *Roe vs. Wade* (1973), che sembrano operare una scelta secca per un unico valore-principio: nel caso la *privacy*, peraltro considerata dalla stessa Corte come principio relativo e non assoluto. Le corti costituzionali continentali, peraltro, tendono a contemperare i valori-principi in conflitto. Sull'aborto, ad esempio, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza 27/1975, dichiara espressamente di contemperare due principi confliggenti: il diritto alla vita del concepito e il diritto alla salute della donna³⁰.

3. 3. 2. Quanto a *decisioni in astratto e in concreto*, le Corti decidono sempre, per definizione, caso per caso; per il controllo di costituzionalità, peraltro, «caso» può significare caso concreto oppure più o meno astratto, a seconda del tipo di controllo. Nell'*amparo*, o ricorso diretto, il caso è concreto; nel controllo di costituzionalità accentrato è astratto; nel *judicial review* può essere concreto oppure

²⁸ Mi permetto di rinviare al capitolo quarto del mio *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

²⁹ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, trad. it. cit., 182-197. Secondo M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge U. P., 2013, il nuovo costituzionalismo globale sostituirebbe alla cultura dell'autorità una cultura della giustificazione.

³⁰ Guido Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, Il Mulino, 2013, 62-64, trova più soddisfacente questo secondo modo di argomentare: si noti, peraltro, che nella sostanza le due decisioni sono simili, e possono essere descritte da entrambi i modelli.

più o meno astratto. Anche un caso concreto, d'altra parte, è *quel* caso perché individuato in termini astratti³¹; anche da una decisione concreta si possono comunque astrarre regole più o meno astratte o principi più o meno generici.

3. 3. 3. Quanto a *gerarchie mobili o fisse*, le decisioni giudiziali *uti singulae* producono gerarchie mobili, variabili sia da caso concreto a caso concreto, sia da caso astratto a caso astratto. *Uti universae*, però, le decisioni producono gerarchie certo non fisse, ma spesso relativamente stabili. Sembra ammetterlo anche Riccardo Guastini, principale sostenitore della mobilità delle gerarchie, quando afferma che nel bilanciamento non prevalgono i principi supremi, ma diventano supremi i principi che prevalgono³². In effetti, la soluzione di tutti i possibili conflitti non potrebbe essere prevista dal costituente *ex ante*: può solo essere stabilita dai giudici *ex post*.

3. 4. *Principi giuridici incommensurabili?*

In un saggio famoso, il primo sostenitore del modello della decisione, Carl Schmitt, accusò il Tribunale costituzionale tedesco di voler «rende[re] commensurabile l'incommensurabile»³³. Ma questo è quanto hanno sempre fatto i giudici ordinari, ben prima dei giudici costituzionali e in materie paradigmaticamente giuridiche come responsabilità civile e penale. I giudici sono sempre stati chiamati a commisurare valori incommensurabili, tanto nel senso forte di incomparabili, quanto nel senso debole di privi di misura comune (cfr. 2.4), come vita, onore, proprietà³⁴. Il problema non è la commisurazione, dunque, ma i criteri in base ai quali avviene.

Se i valori sono incommensurabili, allora non possono commisurarsi semplicemente quantificandoli: come propongono gli utilitaristi in filosofia morale, ma anche teorici del bilanciamento come Alexy. Bilancia, ponderazione e peso dei principi, dopotutto, sono solo metafore, applicate a beni che non possono pesarsi, misurarsi e bilanciarsi letteralmente. Degli stessi test di legittimità, idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto, impiegati dai giudici continentali per esplicitare i passaggi del bilanciamento³⁵,

³¹ Una condotta concreta costituisce omicidio, corruzione, rottura di una promessa solo in relazione ai concetti astratti corrispondenti: cfr. B. Celano, «True Exceptions: Defeasibility and Particularism», in J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford U. P., 2012, 280, n. 36.

³² Cfr. in particolare R. Guastini, «Gerarchie normative», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 463-487, e Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 124-125, nonché, per una discussione del punto, J. Ferrer Beltrán, J. L. Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 143-146.

³³ Così C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (1967), trad. it. *La tirannia dei valori*, Roma, Pellicani, 1987, 30. Si può appena ricordare che il c. d. decisionismo schmittiano deriva da una radicalizzazione delle tesi antiformaliste sostenute nel giovanile *Gesetz und Urteil* (1912).

³⁴ Lo ricorda T. Endycott, «Proportionality and Incommensurability», cit., 14.

³⁵ Così M. Cohen Elyia, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., 16-23. Sul tema, cfr. anche A. Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge U. P., 2012.

vedremo che solo il secondo – l'idoneità – si presta a valutazioni oggettive, di razionalità strumentale, mezzo-fine.

Il bilanciamento delle ragioni *pro* e *contra* una certa condotta d'azione è oggi considerato la forma generale del ragionamento pratico, rispetto alla quale il ragionamento giuridico, *norm-* o *rule-based*, costituisce solo il caso particolare³⁶. Il bilanciamento dei principi tipico del nuovo costituzionalismo rappresenta un caso particolare del caso particolare o, se si vuole, un ritorno al caso generale. Nel caso dei bilanciamenti libertà-sicurezza, è l'esecutivo a prendere provvedimenti di emergenza, sotto il controllo immediato del legislativo, e successivo del giudiziario.

Qui si può parlare di bilancia in un altro senso, non deliberativo ma istituzionale: nel senso dei *checks and balances* fra poteri. In astratto, vi sono tre modelli di gestione dell'emergenza: uno basato sui pieni poteri dell'esecutivo, l'altro sul rispetto assoluto delle libertà costituzionali, il terzo appunto sui *checks and balances* fra i tre poteri dello Stato³⁷. Il nuovo costituzionalismo adotta il terzo modello, nel quale può toccare ai giudici controllare i bilanciamenti libertà-sicurezza realizzati dagli altri poteri. È qui, come vedremo nelle sezioni conclusive (§ 4 e 5), che si ripropongono i problemi d'incommensurabilità fra valori-principi in gioco.

2. 5. Principi giuridici indeterminati?

L'indeterminatezza dei principi, come quella dei valori, potrebbe intendersi come l'insieme dei caratteri sinora considerati, oppure come un carattere ulteriore: la genericità³⁸. Questa è spesso confusa con la vaghezza, ossia con l'alone di incertezza che circonda la denotazione di ogni termine, rendendo dubbio se un oggetto vi rientri o meno. Per significati generici, però, non sorgono dubbi di questo tipo: principi generici, formulati in termini di giustizia, dignità, utilità, sicurezza, possono virtualmente applicarsi a qualsiasi caso. Un sistema costituzionale formulato «per principi», dunque, può davvero aspirare alla completezza.

Il problema è che, sinché un caso è regolato solo genericamente, non sappiamo *come* sia regolato: per saperlo, occorre specificare i principi in regole. Per adempiere alla sua funzione, determinare i valori etici, il diritto dev'essere formato soprattutto da regole, non solo da principi: una dichiarazione di diritti umani, di per sé, è ancora un documento morale. Come ha mostrato Cass Sunstein, peraltro, accordi c. d. non teorizzati, nel formulare costituzioni per società pluraliste, possono raggiungersi in due modi, che mostrano come regole e

³⁶ Così secondo il modello a due livelli del ragionamento pratico, proposto da J. Raz, *Practical Reason and Norms* (1979), Oxford, Oxford U. P., 1990, ripreso da F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon, 1991 e accolto anche da M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

³⁷ Cfr. M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Different Approaches to the War on Terror*, Cardozo Legal Studies Research Paper n° 119, 1.4.2006, in ssrn.com/abstract=729224, 4.

³⁸ Cfr. almeno C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2013.

principi possano essere usati per lo stesso fine: massimizzare l'accordo e minimizzare il disaccordo³⁹.

Talora i costituenti trovano l'accordo su una regola astratta, da cui dedurre decisioni giudiziali concrete, lasciando indeterminato il principio che la giustifica, sul quale potrebbe esserci disaccordo. Più spesso, invece, i costituenti trovano l'accordo su un principio generico: lasciando così ai legislatori la specificazione di regole astratte, ai governanti e ai giudici l'assunzione di decisioni concrete. Come vediamo passando finalmente ai rapporti fra libertà e sicurezza, questi non sono lasciati solo al bilanciamento dei principi; vi sono anche autentiche regole, come il divieto della tortura.

4. SICUREZZA E LIBERTÀ

Le reazioni agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti, e del 13 novembre 2015 a Parigi, seguono uno stesso copione, in gran parte già scritto nel Novecento: secolo in cui due guerre mondiali e vari tipi di terrorismo hanno spostato verso gli esecutivi poteri senza precedenti. Che i governi siano di destra o di sinistra, che venga dichiarato lo stato d'emergenza oppure no, governanti in debito di consenso si scoprono *commanders in chief* e proclamano «guerre al terrore» (*wars on terror*), o asimmetriche, o ibride: sorta di *tertium quid* fra autentica guerra e semplice repressione del terrorismo.

Se si trattasse di autentica guerra, ai prigionieri di guerra si applicherebbero le garanzie previste dalla Convenzione di Ginevra (1949). Se si trattasse di semplice terrorismo, ai terroristi si applicherebbero le garanzie previste dal diritto penale interno. La guerra al terrore, invece, permette di adottare misure estranee al diritto, tanto internazionale quanto interno: detenzione senza accuse e senza processo di sospetti qualificati come *enemy combatants*, eventualmente anche in prigioni segrete (*black holes*) all'estero; omicidi mirati (*targeted killings*) o *extraordinary renditions* dei sospetti verso paesi che praticano la tortura...

Se si trattasse solo di misure eccezionali, tutto ciò rientrerebbe nella casistica dei dilemmi morali e delle scelte tragiche ammesse dal pluralismo dei valori. In realtà, su una sola cosa concordano i *liberal*, difensori dello Stato costituzionale e delle libertà individuali, e gli avvocati dell'emergenza, che parlano di diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) e di legalizzare la tortura⁴⁰. Terrorismo globale e guerra al terrore rischiano di trasformarsi da situazioni eccezionali in

³⁹ Cfr. C. Sunstein, *Designing Democracy*, Oxford, Oxford U. P., 2001, 49-66, qui riformulato in termini di regole astratte e di principi generici.

⁴⁰ Fra i primi, cfr. almeno B. Ackerman, «The Emergency Constitution, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, 1029-1091 e M. Rosenfeld, «Is Judicial Balancing Appropriate in the War of Terror? Contrasting Ordinary Times, Emergencies, and Times of Stress», in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008 (numero monografico interamente dedicato a «Libertà e sicurezza»), 139-148. Fra i secondi, oltre a Günther Jakobs, che ha teorizzato il *Feindstrafrecht* in varie relazioni congressuali, cfr. A. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, responding to the Challenge*, New Haven (Ct.), Yale U. P., 2004.

scenari permanenti: con l'ulteriore rischio di trasformare progressivamente lo Stato costituzionale, nato dalla vittoria sui totalitarismi, in Stato di sicurezza.

La metafora dei bilanciamenti fra libertà e sicurezza, in questo contesto, è spesso un semplice artificio retorico al servizio della propaganda degli esecutivi⁴¹. Eppure, usare questo stesso vocabolario, nei modi più rigorosi suggeriti da pluralismo dei valori e nuovo costituzionalismo, permette di vedere più chiaramente le alternative effettive, e rende possibile ipotizzare il quadro costituzionale entro cui deve svolgersi la politica dell'emergenza. Qui di seguito, in particolare, si esaminano le derive istituzionali prodotte dalla guerra al terrore (4.1) e le possibili risposte, solo politiche (4.2) o anche giuridiche (4.3) a tali problemi.

4. 1. *Derive istituzionali*

La principale conseguenza istituzionale della guerra al terrore è l'ulteriore rafforzamento degli esecutivi a spese di legislativo e giudiziario: così seguendo un processo in corso da almeno un secolo, ma che oggi rischia di trasformare lo Stato costituzionale in Stato di sicurezza⁴². Il risultato che non hanno prodotto neppure due guerre mondiali, concentrando nei governi poteri inauditi, potrebbe produrlo la *war on terror*: svuotare definitivamente i poteri del Parlamento, e rendere vani i rimedi giudiziari. Come già profetizzava Walter Benjamin a proposito della repubblica di Weimar: lo stato d'eccezione può diventare permanente⁴³.

Non si riflette abbastanza su quanto due guerre mondiali abbiano cambiato gli equilibri fra i poteri dello Stato, rispetto al modello montesquiviano della separazione dei poteri. La Costituzione federale degli Stati Uniti, l'archetipo del nuovo costituzionalismo, metteva in equilibrio poteri legislativo, esecutivo e giudiziario: sono state due guerre mondiali a far pendere la bilancia dalla parte dell'esecutivo. Ma un esempio ancor più generale è la delega ai governi di gran parte della legislazione: delega iniziata anch'essa a titolo di decretazione d'urgenza, ma che va trasformando le democrazie rappresentative in autocrazie elettive⁴⁴.

Il processo di concentrazione dei poteri nell'esecutivo, a ragione dell'emergenza terroristica, interessa tutti i paesi dell'Occidente, che siano stati attaccati oppure no. Gli Stati Uniti hanno il loro *Patriot Act*

⁴¹ Così D. Bigo, R. B. J. Walker et chercheurs ELISE, «Liberté et sécurité en Europe: enjeux contemporains», in *Culture et conflits*, 61, 2006; D. Bigo et alii (eds.), *Europe's 21st Century Challenge: Delivering Liberty*, Farnham (Surr.), Ashgate, 2010.

⁴² Espressioni come «Security State» e «État de sécurité» s'incontrano solo in chi denuncia il fenomeno: cfr., sin dai titoli, M. G. Raskin, R. Spero, *The Four Freedoms under Siege: the Clear and Present Danger from Our National Security State*, Westport, Praeger, 2007, e G. Agamben, *De l'État de droit à l'État de Sécurité*, in www.lemonde.fr, 27.12.2015.

⁴³ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.

⁴⁴ L'espressione è di M. Bovero, *Seguridad jurídica y democracia. Una perspectiva teórico-política*, in C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco, J. Ferrer Beltrán (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 49-57.

(2001) e Guantánamo; la Francia si propone di costituzionalizzare l'*état d'urgence* e di togliere la cittadinanza ai terroristi, come denunciato dal ministro della giustizia Christiane Taubira rassegnando le dimissioni; il Regno Unito si è dato draconiane leggi antiterrorismo; persino l'Italia si è data la legge Bossi-Fini sull'immigrazione (2002). Tutti provvedimenti proposti dai governi, approvati dai Parlamenti senza discussioni e poi solo parzialmente corretti dai giudici.

Il *Report 2016* di *Human Rights Watch* denuncia lo svuotamento dei diritti umani e del *rule of law* compiuto da questa «politica della paura»⁴⁵. Contro queste derive, peraltro, i sostenitori dei diritti umani possono impiegare solo due strategie istituzionali debolissime, perché basate proprio sui due poteri – legislativo e giudiziario – l'uno controllato dall'esecutivo, l'altro deferente verso esecutivo e legislativo. Una delle due risposte è soprattutto politica, orientata a cambiare l'opinione pubblica, i Parlamenti e i governi; l'altra è prevalentemente giuridica, in quanto fa appello soprattutto alle corti, interne e internazionali.

4. 2. *Una risposta (solo) politica*

Il migliore rappresentante della risposta *politica* alle derive securitarie è il Jeremy Waldron di *Torture, Terror and Trade-offs* (2010), collezione di saggi sulle reazioni all'11 settembre. Waldron è il più noto critico del *judicial review*: la sua risposta, dunque, è meramente politica, e non giudiziaria. Eppure, questi saggi forniscono un'analisi della sicurezza, e cinque argomenti contro il sacrificio della libertà in suo nome, che vanno considerati sia per i loro meriti, sia perché recuperabili entro una prospettiva giuridica. In quest'ultima prospettiva, un ruolo decisivo gioca soprattutto il primo argomento: la non indipendenza di libertà e sicurezza.

4. 2. 1. *Non-indipendenza di libertà e sicurezza*

Nella teoria della giustizia angloamericana, e nel diritto pubblico europeo-continentale, sicurezza e libertà sono opposti come valori incommensurabili. Il primo è il bene pubblico per antonomasia; il secondo, il diritto individuale *par excellence*. Anche per questo i loro rapporti sono raffigurati in termini di bilancia, come un gioco a somma zero: più sicurezza uguale minore libertà, e viceversa). Eppure, analizzando il concetto di sicurezza, come hanno fatto solo Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e Montesquieu, ci si accorge che, lungi dall'essere incomparabili, libertà e sicurezza presentano relazioni interne, definitorie o concettuali.

The idea of a trade-off between liberty and security make clearest sense if we think of liberty and security as separate values, logically independent of one another, and related in a sort of inverse way: the more liberty there is, the less security you are likely to get; the more security you want, the more liberty you're going to have to give up in order to get it. But if we find that liberty and security are not logically independent and that there are important internal relation between

⁴⁵ Human Rights Watch, *Worldreport 2016*, New York, Seven Stories, 2016.

them, or if conceptual analysis indicates that they stand sometimes in a direct rather than in an inverse relation to one another, then talk of a trade-off will be complicated, if not undermined⁴⁶.

Waldron invita a concepire la sicurezza come un diritto individuale analogo alla libertà⁴⁷: proposta meno innovativa di quanto potrebbe sembrare. Anche Montesquieu definiva la libertà come l'opinione, nutrita da ognuno, circa la propria sicurezza. Pure Judith Shklar e Williams, pluralisti amici di Berlin, hanno difeso un liberalismo della paura (*liberalism of fear*): una concezione della libertà come sicurezza individuale dalle aggressioni altrui, sia di individui sia di Stati. La stessa Convenzione europea sui diritti e libertà fondamentali (1950), assimila libertà e sicurezza all'art. 5, come se si trattasse di un'endiadi⁴⁸.

Su queste basi, in effetti, qualcuno assimila i due concetti⁴⁹. In realtà, i campi semantici coperti dai due termini non coincidono: però si sovrappongono, e proprio per il loro nucleo centrale, essenziale e irrinunciabile. La libertà liberale, negativa, e la sicurezza individuale (*safety, sûreté*), possono concepirsi come diritti agli stessi beni: vita, integrità fisica e psichica, *habeas corpus*, diritto a non essere torturati o comunque danneggiati ingiustamente nella persona e nei beni. Si tratta nientemeno che della prima generazione dei *rights*: dunque, del caso paradigmatico e indiscutibile di diritti qualificati costituzionali, fondamentali e/o umani.

Al di fuori di tale nucleo comune, «libertà» denota poi anche la libertà positiva e/o l'autonomia individuale, mentre «sicurezza» si estende al bene collettivo o pubblico principale assicurato dal diritto e dallo Stato (*security, sécurité*)⁵⁰. I rapporti fra i due concetti possono dunque raffigurarsi come due cerchi che s'intersecano e che si sovrappongono per un nucleo comune di diritti individuali alla libertà-sicurezza, come li chiamerò d'ora in poi. Per tale nucleo comune, peraltro, resta possibile un conflitto (non *inter-rights*, ma) *intra-right*: ovvero fra gli stessi diritti individuali attribuiti a soggetti differenti (cfr. 4.2.3, per l'argomento della distribuzione).

⁴⁶ Così J. Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs. Philosophy for the White House*, Oxford, Oxford U. P., 2010, 160-161.

⁴⁷ Il saggio originario, *Security as Basic Right* (2009), ripubblicato in J. Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs*, cit., 166-185, commentava H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy* (1980; 1996), Princeton, Princeton U. P., 1996.

⁴⁸ Cfr. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Garnier Flammarion, 1979, vol. I, 294: «La liberté politique, dand un citoyen, st cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté» (XI-VI); J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, in N. Roseblum (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1989, 21-38; B. Williams, *Liberalism of Fear*, trad. it. *Il liberalismo della paura*, in Id., *In principio era l'azione. Realismo e moralismo nella teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2005, 63-75; sull'art. 5 («Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté»), cfr. M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, 194-198.

⁴⁹ Cfr. Th. F. Powers, *Can We Be Secure and Free?*, in *The Public Interest*, spring 2003, 3-24.

⁵⁰ Una nominalizzazione dei due sensi principali di «sicurezza» potrebbe individuarsi in francese, fra la *sûreté* individuale menzionata dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) e la *sécurité* collettiva: cfr. M. Delmas-Marty, «Dérive sécuritaire», in *Le Monde*, 26.3.2016, *Idées*, 7. Qualcosa di analogo potrebbe dirsi anche per *safety* e *security* in inglese.

4. 2. 2. *Anti-consequenzialismo.*

Nella prospettiva *libertarian* nordamericana (cfr. 3.2), i diritti non si ponderano, essendo vincoli assoluti alla volontà della maggioranza; le teorie liberali della giustizia sono formulate in modo da evitare bilanciamenti fra diritti individuali e interessi collettivi⁵¹. Nella prospettiva *dignitarian* continentale (cfr. 3.2), invece, non ci sono vincoli assoluti. Esiste però una *presunzione liberale*, come la chiamerò, nei confronti del sacrificio di diritti individuali a interessi collettivi. Libertà individuali e sicurezza collettiva possono bilanciarsi, ma il sacrificio delle prime alle seconde richiede uno *strict scrutiny*, ossia giustificazioni particolarmente rigorose (cfr. 4.3.3).

4. 2. 3. *Distribuzione*

S'è detto (cfr. 4.2.1) che anche fra diritti alla libertà-sicurezza possono darsi conflitti *intra-right* attribuiti a diverse categorie di persone: maggioranze e minoranze, cittadini e stranieri, persone qualunque e sospetti di terrorismo. Dopo Pearl Harbour (1941), emigrati e anche cittadini statunitensi di origine giapponese furono internati in campi di concentramento senza che Congresso e Corte suprema battessero ciglio. Le maggioranze sono sempre disposte a sacrificare alla propria sicurezza i diritti individuali di appartenenti a minoranze, come se ciò non le riguardasse. Ma se la libertà è un diritto, è un diritto umano, valido egualmente per tutti gli esseri umani.

4. 2. 4. *Effetti non intenzionali*

La tutela della sicurezza è ritenuta, almeno a partire da Hobbes, la funzione principale dello Stato e del diritto. La sicurezza collettiva, anzi, costituisce un'autentica pre-condizione per la tutela dei diritti individuali: senza Stato e senza diritto, questi sarebbero privi di tutela. Peraltro, istituzioni progettate per garantire la libertà-sicurezza individuale possono sempre essere usate contro di essa. In tali casi, l'argomento della sicurezza collettiva come pre-condizione delle libertà individuali suona pretestuoso: limitare le libertà individuali è legittimo, cioè, solo se davvero, altrimenti, si rischiasse la dissoluzione dello Stato⁵² (cfr. 4.3.2-3)

4. 2. 5. *Conseguenze simboliche*

La sicurezza collettiva è questione di grado. Ammesso che restringere le libertà individuali aumenti la sicurezza collettiva, la aumenta di una percentuale così infinitesimale (dal 51 al 52% ?)⁵³, da rivelarsi misura poco più che simbolica: ossia tale da rassicurare i cittadini e da aumentare la loro fiducia nel governo, ma certo non capace di dissuadere terroristi disposti al martirio. Nel mondo della

⁵¹ Per fare solo i due esempi più noti: al fine di evitare bilanciamenti fra diritti individuali e interesse collettivi, il *libertarian* Robert Nozick definisce i diritti come *side constraints*, mentre il *liberal* John Rawls istituisce un ordine lessicografico fra diritto all'eguale libertà e diritti alla redistribuzione.

⁵² Cfr. ancora tutto il saggio *Security as Basic Right*, in J. Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs.*, specie p. 168, con l'accento agli usi dell'argomento fatti dall'Amministrazione Bush dopo l'11 settembre.

⁵³ Così ancora J. Waldron, *Torture, Terror, and Trade-Offs*, cit., 177.

comunicazione, i simboli sono importanti; per leader politici deboli, poi, sono decisivi. Ma in base a parametri più rigorosi, come i testi di proporzionalità, misure del genere appaiono inidonee a conseguire i risultati che si prefiggono (cfr. ancora 4.3.3).

Tutti gli argomenti di Waldron, e in particolare l'ultimo, sono molto persuasivi, ma presentano due limiti strutturali. Intanto, essi sono efficaci solo sino al prossimo attacco terroristico: quando questo si verifica, appaiono inetti a mutare le reazioni quasi pavloviane dei governi e dei legislativi a essi proni⁵⁴. Ma soprattutto, come si diceva all'inizio, gli argomenti di Waldron non si rivolgono ai soggetti istituzionali che sinora si sono mostrati più disposti ad accoglierli: le Corti supreme, costituzionali e internazionali. La strategia politica di Waldron, insomma, diviene più efficace se si rivolge anche ai giudici: come vediamo subito.

4.3. Una risposta (anche) giuridica

Una risposta giuridica alle derive securitarie può venire dal nuovo costituzionalismo⁵⁵. L'*old*, o *ancient constitutionalism*, certo, riconosceva i diritti di *habeas corpus* già alla § 39 della *Magna Charta* (1215). Peraltro, esso assumeva che tutta la sfera del *gubernaculum* – la prerogativa del monarca, i poteri politici oggi passati agli esecutivi – non sia soggetta agli stessi controlli giuridici di cui era passibile, invece, la sfera della *iurisdictio*⁵⁶. La costituzione federale statunitense (1797), antenata del *new constitutionalism*, prevede però la sospensione dell'*habeas corpus* per ragioni di *safety*⁵⁷: aprendo così la strada a controlli giuridici.

In questa sotto-sezione si esaminano appunto i rimedi forniti dal nuovo costituzionalismo a tre possibili conflitti fra libertà-sicurezza individuale, da un lato, e tre tipi diversi di sicurezza, dall'altro. Anzitutto, le libertà individuali possono confliggere con la sicurezza *individuale*; poi, con la sicurezza *sociale*; infine, con la sicurezza *nazionale*. Quest'ultimo resta il caso paradigmatico di conflitto fra libertà e sicurezza; ma la possibilità di concepire la sicurezza come diritto individuale, e l'opposizione fra diritti individuali e interessi collettivi, forniscono un criterio per evitare bilanciamenti indiscriminati.

Al conflitto si applicherà il principio di proporzionalità: uno degli strumenti più incisivi elaborato dal nuovo costituzionalismo

⁵⁴ Cfr. E. A. Posner, A. Vermeulen, *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Court*, Oxford, Oxford U.P., 2007: forse i maggiori sostenitori di una concentrazione nell'esecutivo di tutti i poteri di emergenza.

⁵⁵ Cfr. in particolare M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress*, cit.: forse la più sistematica trattazione del tema dal punto di vista del nuovo costituzionalismo.

⁵⁶ Il riferimento è alla classica ricostruzione di Charles MacIlgwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (N. Y.), Cornell U. P., 1940.

⁵⁷ Così l'art. 1, comma 9, sottocomma 2: «The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it».

globale⁵⁸. Delle misure limitative della libertà-sicurezza individuale prese in nome della sicurezza collettiva, in altri termini, ci si chiederà se rispondano ai requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto al fine che si propongono. Si darà invece per ammesso che esse superino il primo test, di legittimità: sono fini costituzionalmente legittimi quelli invocati? Si ammetterà cioè che la sicurezza sia sempre un fine legittimo, contemplato esplicitamente o implicitamente dalle costituzioni.

4.3.1. Sicurezza individuale

La sicurezza *individuale* è il valore tutelato dal diritto: il bene giuridico per antonomasia, la cui garanzia costituisce la prima, principale e indispensabile funzione dello Stato. Abbiamo visto in 4.2.1, però, che la sicurezza individuale coincide, nel suo nucleo essenziale, con la libertà individuale. I diritti di libertà-sicurezza non sono solo commensurabili, cioè, ma sono proprio lo stesso diritto: quando si viola la libertà individuale si viola anche la sicurezza individuale, e viceversa. Molti argomenti a favore della sicurezza collettiva paiono così persuasivi solo perché confondono sicurezza individuale e collettiva, assorbendo la prima nella seconda.

Invece, non si possono escludere conflitti *inter-rights* – fra libertà-sicurezza individuale e sicurezza come interesse collettivo e bene pubblico – e neppure conflitti *intra-right*, ossia fra gli *stessi* diritti alla libertà-sicurezza di cui siano titolari individui diversi (cfr. 4.2.3). Qui acquista parziale legittimità uno degli argomenti della retorica securitaria: l'opposizione fra diritti degli autori degli attentati e diritti delle loro possibili vittime. Conflitti *intra-right* fra libertà-sicurezza di persone in carne e ossa, allora, possono effettivamente richiedere le scelte tragiche tipiche del pluralismo dei valori.

È il caso della *ticking bomb*: è lecito torturare un terrorista per salvare vite umane⁵⁹? Applicando i test di proporzionalità, se la tortura si rivelasse *idonea* a salvarle, *necessaria* in mancanza di altri mezzi meno lesivi, e *proporzionata* rispetto ai diritti coinvolti (integrità fisica del terrorista, vite delle possibili vittime), essa potrebbe risultare lecita. Si tratta peraltro, com'è stato spesso osservato, di un'ipotesi di scuola. Proprio per escludere ogni bilanciamento di questo tipo, infatti la Convenzione del 1984 vieta la tortura assolutamente: ossia senza alcuna possibile eccezione⁶⁰.

⁵⁸ Elaborato dalla giurisprudenza amministrativa e poi costituzionale tedesca, esso viene menzionato dal Conseil Constitutionnel francese nella decisione sull'*état d'urgence* del 22 dicembre 2015. Cfr. *Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015*, p. 6: «le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure [la residenza coatta] est adapté, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit».

⁵⁹ Sulla questione cfr. almeno M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, Mulino, 2013, e da ultima M. Lalatta Costerbosa (a cura di), «Il silenzio della tortura», parte monografica della *Rivista di filosofia del diritto*, 2015/2.

⁶⁰ Cfr. il tenore letterale della disposizione (art. 2.2 della *Convention against Torture* [...], UNTS, 1984, vol. 1465, 85): «No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture»

4. 3. 2. *Sicurezza sociale*

«Sicurezza» è usato anche per la *sicurezza sociale*: interesse collettivo o bene pubblico tutelato soprattutto dalle versioni continentali del *new constitutionalism*. La sicurezza sociale è spesso garantita dalle dichiarazioni dei diritti attribuendo a individui o categorie di soggetti diritti cosiddetti sociali: ossia a servizi da parte della collettività: sanità, previdenza, assistenza, talora reddito minimo, altre volte casa o lavoro. La sicurezza sociale sarebbe estranea al tema di questo saggio, peraltro, se non presentasse quattro analogie con la sicurezza nazionale: *prima* delle quali l'ambiguità individuale/collettivo.

In alcuni casi, «diritti sociali» indica veri e proprio diritti individuali, attribuiti da principi regolativi e dunque giustiziabili come se fossero attribuiti da regole. Se ho un diritto alla salute in questo senso, devo essere curato, e posso rivolgermi a un giudice per ottenerlo, proprio come per qualsiasi altro diritto individuale. In altri casi, invece, i diritti sociali sono semplici interessi collettivi, attribuiti da principi direttivi, ossia non giustiziabili ma solo attuabili da parte del legislatore. È questo il caso del cosiddetto diritto al lavoro, che indica, al massimo, l'obiettivo della piena occupazione⁶¹.

Secondo aspetto comune, sicurezza sociale e nazionale sono questione di grado: la loro maggiore o minore tutela dipende dalla politica, non dal diritto. *Terzo* aspetto, entrambe giustificano l'(auto-)attribuzione ai governi di poteri eccezionali: la sicurezza nazionale giustificò la sospensione dell'*Habeas corpus* da parte di Abraham Lincoln durante la Guerra di secessione, la sicurezza sociale giustificò il *New Deal* di Franklin D. Roosevelt dopo la Grande depressione. *Quarto* e più importante aspetto comune, entrambe possono prevalere sulla libertà-sicurezza individuale come pre-condizione di essa: ma, si badi, solo ove la stessa pre-condizione rischi di venir meno.

È vero che, sotto un livello minimo di sicurezza, sociale o nazionale, la tutela di qualsiasi diritto diverrebbe impossibile. Ma in qualsiasi altra situazione meno estrema, diversa dalla caduta della popolazione sotto il livello di sopravvivenza, o dalla dissoluzione dello Stato⁶², la tutela della sicurezza collettiva resta una condizione solo necessaria, non sufficiente, della tutela dei diritti individuali⁶³. Per sacrificare libertà-sicurezze individuali all'interesse collettivo alla sicurezza, superando la presunzione liberale (cfr. 4.2.2) a favore dei diritti individuali, insomma, occorre mostrare che altrimenti si rischia la fame o l'anarchia.

⁶¹ Questa differenza strutturale emerge in L. Ferrajoli, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis* (2013), trad. cast. Madrid, Trotta, 2015: ma distinzioni simili sono tracciate da Ronald Dworkin, fra *principles* e *policies*, e da Manolo Atienza e Juan Ruiz Manero, fra *principios* e *directrices*.

⁶² È questo l'argomento, fortissimamente, usato da Lord Hoffman in *A(FC) et al. V. Secretary of State for the Home Department* (2004), UKHL56 (House of Lord), uno dei più famosi processi per terrorismo britannici, § 96: «Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institution of government or our existence as a civil community».

⁶³ Così, in termini di condizioni necessarie e sufficienti, B. Williams, «Realism and Moralism in Political Argument», trad. it. «Realismo e moralismo in teoria politica», in Id., *In principio era l'azione*, cit., 6.

4.3.3. *Sicurezza nazionale*

La *sicurezza nazionale* (ma anche internazionale o globale) finalmente, è l'interesse collettivo più invocato per limitare la libertà-sicurezza. Per porre la questione sul terreno costituzionale, in termini di principi soggetti a bilanciamento da parte di corti supreme, costituzionali o internazionali, occorre però affrontare prima una sorta di *trilemma della sicurezza*. O la sicurezza nazionale è solo un valore politico o militare, alieno al diritto; o è pur sempre un principio giuridico, ma così assoluto da costringere i giudici a farlo prevalere su qualsiasi altro principio; oppure è solo un principio supremo fra altri, bilanciabile con altri.

4.3.3.1. La sicurezza nazionale, anzitutto, potrebbe considerarsi un valore pre-costituzionale, sottratto a qualsiasi bilanciamento con principi costituzionali. Così potrebbero interpretarsi il venerabile *salus reipublicae suprema lex esto*, la distinzione vetero-costituzionalista *gubernaculum/iurisdictio*, le varie *doctrines* giudiziali della *political question*, la dottrina della sovranità di Schmit, come decisione sullo stato d'eccezione. Il punto è, però, che se la questione del conflitto fra sicurezza nazionale e principi costituzionali viene di fatto sollevata dinanzi a un giudice, dovrà trovare risposta in termini costituzionali: passando così al secondo corno del trilemma.

4.3.3.2. La sicurezza nazionale potrebbe allora ritenersi un principio costituzionale, ma sempre prevalente su altri principi costituzionali. Così potrebbero interpretarsi «lex» in *salus reipublicae*, la distinzione vetero-costituzionalista, la *doctrine* della *political question*, la stessa dottrina schmittiana: la sicurezza nazionale non sarebbe *un*, ma *il* principio costituzionale supremo, che prevale sempre su tutti gli altri. Giudici interni, più deferenti verso gli esecutivi nazionali, rispondono spesso proprio così: la sicurezza nazionale prevale spesso seccamente, senza contemperamenti, su altri principi giuridici.

Si pensi al caso El-Masri, cittadino tedesco di origini libanesi arrestato in Macedonia per errore, consegnato ai servizi segreti statunitensi, portato in Afghanistan e torturato, infine rimesso in libertà: le corti statunitensi hanno respinto i suoi ricorsi, e la Corte suprema ha rifiutato di occuparsene. Oppure al caso Abu Omar, imam sospetto di terrorismo rapito a Milano dai servizi statunitensi e italiani, torturato in Egitto: qui i giudici ordinari volevano indagare, ma la Corte costituzionale li ha ostacolati. In entrambi i casi, le ragioni dei malcapitati sono state riconosciute solo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. 4.3.3.3).

Una teoria realista dell'interpretazione costituzionale, che ammetta il carattere supremo dei principi prevalenti nel bilanciamento (cfr. 3.4), dovrebbe trarre proprio questa conclusione dalle decisioni dei giudici interni. Evidentemente, abbiamo un candidato migliore della dignità umana al rango di unico principio supremo, o di principio sovraconstituzionale: la sicurezza collettiva (nazionale, internazionale, globale)⁶⁴. Ma forse, come vediamo subito, per stabilire gerarchie

⁶⁴ Cfr. G. Cerina Feroni, G. Morbidelli, «La sicurezza: un valore superprimario», in *Percorsi costituzionali*, 2008, 1, 31-44, con le critiche di A.

assiologiche più affidabili fra i principi costituzionali occorre considerare anche i bilanciamenti operati dai giudici internazionali.

4. 3. 3. 3. La sicurezza nazionale, infine, può considerarsi un principio non più supremo di altri, e di fatto soggetto a bilanciamenti, secchi o con contemperamenti, con i diritti di libertà-sicurezza⁶⁵. Con la trasformazione del terrorismo internazionale in fenomeno quasi fisiologico, già le corti interne, più deferenti verso l'esecutivo e/o verso il legislativo controllato dal primo, paiono meno disposte a concedere «assegni in bianco» ai governi⁶⁶ e a riconsiderare i rapporti libertà-sicurezza. Ma questa tendenza appare ancora più chiara nella giurisprudenza delle corti internazionali, che non hanno ragioni di deferenza per gli esecutivi nazionali.

Una teoria realista dell'interpretazione costituzionale potrebbe trarre proprio questa conclusione dalle due decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *El-Masri* e *Abu Omar*. La sentenza *El-Masri* (2012) ha condannato la Macedonia, membro del Consiglio d'Europa, per le torture subite dal *El-Masri* da parte dei servizi Usa, paese estraneo al Consiglio⁶⁷. La recentissima sentenza *Nasr et Ghali* (2016), analogamente, ha condannato l'Italia, forse meno per le torture subite da *Abu Omar* in Egitto che per la connivenza mostrata dalle supreme autorità repubblicane verso i servizi segreti alleati⁶⁸.

Questa conclusione, peraltro, sarebbe solo apparentemente realistica. Le decisioni delle Corti internazionali, infatti, vincolano solo i paesi firmatari dei trattati, e hanno effetti poco più che simbolici. Quando poi sono Corti interne a bilanciare a favore della libertà – come ha fatto la Corte suprema statunitense riconoscendo i diritti di *Habeas corpus* agli stranieri detenuti a Guantánamo⁶⁹ – allora ci pensano i legislativi nazionali ad annullare gli effetti delle loro decisioni. Insomma: gli unici giudici che producano decisioni effettive sono quelli interni, che continueranno a intervenire solo se chiamati in causa, e magari a sbarazzarsi della questione con il pretesto che i controlli vanno esercitati dai Parlamenti⁷⁰.

Vedaschi, «Has the Balancing of Rights Given Way to a Hierarchy of Values?», in *Comparative Law Review*, 1, 2010, 1-40.

⁶⁵ Cfr. M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress*, cit., e A. Vedaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Reipublicae*, (2015, inedito).

⁶⁶ La metafora è usata dal giudice della Corte Suprema Sandra Day O' Connor nel caso *Hamdi v. Rumsfeld* (2004): «A state of war is not a blank check for the president when it comes to the rights of the nation's citizens».

⁶⁷ Così EctHR, Grand Chambre, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13.12.2012, disponibile su hudoc.echr.coe.int, che parla anche di un diritto alla verità: cfr. A. Vedaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts. The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Sheetret (ed.), *The Culture of Judicial Independence. Rule of Law and World Peace*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2016, 107-133.

⁶⁸ Così ECHR, Quatrième Section, *Nasr et Ghali (Abu Omar) v. Italia*, 23.2.2016, sempre in hudoc.echr.coe.int.

⁶⁹ Penso in particolare a *Rasul v. Bush* 542 U. S. 466 (2004), nonostante la *dissenting opinion* del compianto Antonin Scalia.

⁷⁰ Come nota ancora, fornendo un'ampia casistica, A. Vedaschi, *Has the Balancing of Rights*, cit., 23-24.

Eppure, se si ammette, nei termini del terzo comma del dilemma, che questi problemi debbano trovare soluzioni costituzionali bilanciate, rispettose di tutti i valori in gioco, non si può sfuggire ai seguenti interrogativi, formulati in termini di proporzionalità. Restringere libertà e sicurezza individuale è sempre *idoneo* a incrementare la sicurezza degli Stati? È sempre *necessario*, non sostituibile con misure meno lesive? È, infine, sempre *proporzionato* al rispetto dei diritti umani: oppure vale la presunzione liberale contro il sacrificio di diritti individuali a interessi collettivi? Per un giurista, queste dovrebbero essere domande retoriche.

5. CONCLUSIÓN

Insomma, i pretesi bilanciamenti fra libertà e sicurezza si riducono a ben poco. I diritti *individuali* alla libertà-sicurezza vanno sì temperati: ma rispettando divieti assoluti come quello contro la tortura. L'interesse *collettivo* alla sicurezza nazionale va certo tutelato: ma se vi sono limiti costituzionali all'arbitrio dei governi, allora i diritti di libertà-sicurezza individuali non possono essere sacrificati a un interesse collettivo in modi inidonei, non necessari e sproporzionati al raggiungimento dello scopo. Non possono perché non si deve: ma prim'ancora perché non serve. Spesso, servirebbe di più fischiettare nel buio, aspettando che passi la notte.