

ESTIRPAZIONE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: UN OBBLIGO COSTITUZIONALE INDEROGABILE

Gladio Gemma

*Professore Ordinario di Diritto costituzionale.
Università degli studi di Modena e Reggio Emilia*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

L'Autore, rilevato che la criminalità organizzata è un tema non trattato dalla letteratura costituzionalistica, ritiene che tale mancata trattazione abbia due cause: la convinzione che tale fenomeno non abbia un impatto sulla dinamica istituzionale e la concezione del costituzionalismo come teoria della limitazione della potestà repressiva dello Stato. Lo scritto critica tali opinioni e tende a dimostrare sia che la criminalità organizzata è un fenomeno che menoma gravemente il funzionamento dello Stato liberaldemocratico, sia che il costituzionalismo deve essere inteso come fattore ora di limitazione della potestà repressiva statale ora di propulsione dell'esercizio della medesima allorché il potere privato violi i valori costituzionali. La duplice tesi sostenuta comporta due conseguenze. Da un lato, la criminalità organizzata non deve essere ignorata nella descrizione del funzionamento effettivo delle istituzioni liberaldemocratiche. Dall'altro lato, il fenomeno criminale è una delle situazioni di menomazione della sovranità statale, che possono giustificare misure *extra ordinem*, qualora queste siano necessarie per la tutela dei valori costituzionali.

Palabras clave: Criminalità organizzata – Costituzionalismo – Potere punitivo – Stato di necessità.

ABSTRACT:

After noting that organised criminal activity is not examined in the work of constitutional scholars, the author puts forward two reasons for this deficiency: first, the assumption that organised crime does not have any impact on the institutional dynamics and the conception of constitutional law as a theory of limitation of the repressive power of the State. The author criticizes this view and argues that organized criminal activity damages the liberal democratic State. In addition he argues that constitutional law must be perceived as the factor limiting the repressive power of the State and at the same time as

a factor for the exercise of this power when private power violates constitutional values. This twofold thesis has two consequences. On the one hand, organized criminal activity should not be ignored when describing the effective functioning of liberal democratic institutions. On the other hand, criminal activity is one of the cases in which the damage to State sovereignty can legitimate extraordinary measures necessary to safeguard constitutional values.

Keywords: Organised criminal activity – constitutionalism – repressive power – state of necessity.

Estirpazione della criminalità organizzata: un obbligo costituzionale inderogabile

Sommario: I. Irrilevanza della criminalità organizzata nella letteratura giuridica italiana. II. Cause dell'atteggiamento della cultura costituzionalistica nei confronti della criminalità organizzata. III. Risorse finanziarie e militari dei gruppi criminali. IV. Impatto della criminalità organizzata sul sistema costituzionale. V. Bivalenza del costituzionalismo in rapporto alla potestà repressiva dello Stato. VI. Rilevanza costituzionale della criminalità organizzata e sue conseguenze.

I. IRRILEVANZA DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NELLA LETTERATURA GIURIDICA ITALIANA

La criminalità organizzata può essere definita, secondo le parole di un sociologo, profondo conoscitore del fenomeno in oggetto, quale “un insieme stabile di imprese insediate nei maggiori mercati illeciti come venditrici di beni o servizi e operanti con lo scopo di allargare le proprie quote di mercato” ed è costituita, più esattamente, da “gruppi criminali organizzati” i quali “costituiscono aggregati di potere economico e finanziario capaci di agire come gruppi di pressione in campo politico e in grado di ricorrere... all’uso specializzato della violenza e del terrore nei confronti di competitori e avversari”¹. Questa devastante patologia sociale ed istituzionale è stata oggetto di notevoli analisi e riflessioni da parte di cultori di diverse discipline (sociologi, economisti, giuristi), ma ha avuto ben scarsa, se non quasi nulla, attenzione nei cultori di diritto costituzionale, almeno in Italia (sospettiamo però che il quadro non sia molto diverso in altri paesi, anche se tale sospetto potrebbe essere indotto da nostra disinformazione). Senza aver condotto una rassegna meticolosa della letteratura costituzionalistica, ci limitiamo a rilevare due dati. In due delle riviste italiane più qualificate di diritto costituzionale – “Diritto e società” e “Quaderni costituzionali” – non abbiamo riscontrato la presenza di scritti di costituzionalisti dedicati al fenomeno criminale in oggetto. In secondo luogo, non compare la voce “criminalità organizzata” negli indici analitici dei più diffusi manuali, nonché dei più recenti commentari di diritto costituzionale. Trattasi, si ripete, di un riscontro negativo che non è frutto di un’indagine a tappeto della letteratura costituzionalistica, ma che appare, salvo quanto mai improbabili prove in contrario, sufficiente a denotare l’assenza di interesse dei costituzionalisti (italiani) nei confronti del fenomeno criminale in oggetto.

¹ Cfr. P. ARLACCHI, Voce *Criminalità organizzata*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Roma, 1932, pp. 586-587. Si rinvia a questa voce enciclopedica per una descrizione sintetica, ma approfondita, del fenomeno criminale in oggetto.

II. CAUSE DELL'ATTEGGIAMENTO DELLA CULTURA COSTITUZIONALISTICA NEI CONFRONTI DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Poiché anche i fenomeni di ordine negativo, cioè le omissioni, debbono essere spiegati, vale a dire ne debbono essere colte le cause, riteniamo che la disattenzione dei costituzionalisti nei confronti della criminalità organizzata abbia una duplice causa.

a) Vi è anzitutto la convinzione che la criminalità organizzata sia una patologia non diversa, sotto il profilo pragmatico, dalla delinquenza comune. Più esattamente, se non si negano alcuni tratti che differenziano i due tipi di criminalità – la diversità degli aspetti organizzativi oppure economici – nondimeno sussiste la fiducia di poterli contrastare con gli ordinari strumenti – repressivi o di altra natura – che l'ordinamento offre. C'è quindi la convinzione, secondo cui il fenomeno criminale in oggetto non menomi il potere politico, finanziario, militare, ecc. dello Stato e non comprometta pertanto l'esercizio della ordinaria potestà repressiva dello Stato. E' logico, perciò, che, se la criminalità organizzata non investe e non altera il sistema istituzionale dello Stato, tale patologia sociale non si differenzi da altre – come, ad esempio, la diffusione di epidemie – le quali pure non hanno rilevanza di natura costituzionale, riguardando solo la sfera di azione ordinaria degli organi amministrativi o giurisdizionali.

b) Su altro piano, opera la convinzione, più o meno latente, secondo cui il costituzionalismo ha la funzione storica di contenere la potestà repressiva dello Stato. Infatti, per riprendere le parole di uno studioso, le quali ben esprimono una *communis opinio* in materia, il costituzionalismo “è la tecnica della libertà: è cioè quella tecnica giuridica attraverso la quale ai cittadini viene assicurato l'esercizio dei loro diritti individuali e, nel contempo, lo Stato è posto nella condizione di non poterli violare”². Il fenomeno istituzionale in oggetto nasce, come noto, quale reazione all'assolutismo monarchico del passato ed ha ricevuto una drammatica riconferma della sua validità dalle vicende del totalitarismo del XX secolo e degli apparati repressivi delle libertà ad esso riconducibili. Il costituzionalismo pertanto ha quale suo bersaglio gli arbitri dello Stato e quale suo obiettivo il contenimento del potere pubblico in materia di libertà. Ecco perché si tende ad associare naturalmente, almeno sul piano emozionale, detta filosofia istituzionale con le limitazioni del potere statale e quindi anche con la delimitazione della potestà repressiva, in campo penale, dello Stato³.

2 Cfr. N. MATTEUCCI, Voce *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 202. Si rinvia, a titolo indicativo – dato che si tratta di materia ben nota – al citato scritto di questo autorevole storico delle dottrine politiche per un quadro sintetico delle vicende del costituzionalismo.

3 Si ricorda, anche qui senza soffermarsi sull'argomento trattandosi di vicende troppo note, che lo sviluppo del diritto penale, dall'illuminismo in poi, in senso umanitario e garantista si è tradotto in una delimitazione della potestà punitiva dello Stato. Per un quadro di tale tendenza, v., a titolo indicativo, R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, PUF, Paris, p. 44 ss.

Da quanto detto deriva che, anche relativamente alla criminalità organizzata, debbono valere i principî del costituzionalismo riguardanti la materiale penale, senza ripercussioni particolari di detto fenomeno criminale sul diritto costituzionale ordinario. Tutto ciò ha, in termini più specifici, due conseguenze di ordine negativo.

Sul piano descrittivo, non necessita dar conto, nell'esposizione della esperienza costituzionale e del sistema specifico effettivo, della portata della criminalità organizzata e della sua ricaduta sulla dinamica della forma di stato (liberaldemocratico). Sotto il profilo prescrittivo, il fenomeno criminale in oggetto non comporta conseguenze specifiche sui compiti e sui poteri dello Stato circa la tutela dei cittadini, *rectius* delle vittime del crimine. Nelle pagine successive cercheremo di contestare l'atteggiamento della cultura costituzionalistica testè delineato e le conseguenze di tale atteggiamento.

III. RISORSE FINANZIARIE E MILITARI DEI GRUPPI CRIMINALI

La prima tesi, che va dimostrata, è costituita dalla constatazione dell'impatto rilevante della criminalità organizzata – a differenza di quella non organizzata – sull'assetto costituzionale e sul funzionamento della forma di Stato. Prima, però, di procedere ad una sintetica ricostruzione dei rapporti fra Stato e gruppi criminali, non sembra superflua una considerazione preliminare.

La criminalità organizzata, a livello sia italiano che internazionale, è oggetto di pregevoli e numerosi studi di natura sociologica ed economica⁴. Ben si comprende come l'ampio materiale sia oggetto di tesi e riflessioni variegata (e non sempre concordi). Inoltre, trattandosi di un fenomeno illecito ed illegale, quindi con ampia sfera di segretezza e clandestinità, i dati ad esso relativi sono oggetto di valutazioni e stime dotate non di massima esattezza, bensì di margini di approssimazione e di imprecisione. Nondimeno si riscontra una concordanza di fondo sui connotati del fenomeno in oggetto e quindi sul suo impatto sulla società e sul sistema politico. Cerchiamo di delineare detti connotati, ovviamente in termini quanto mai concisi⁵.

In primo luogo, la criminalità organizzata dispone di formidabili risorse finanziarie e militari che sono essenziali per il dispiegamento del suo potere.

4 A titolo indicativo, e senza alcun rigore né intento di ricostruzione culturale, citiamo un dato: la bibliografia contenuta in un volume, nemmeno recente, di uno studioso italiano, dedicato alla criminalità organizzata (v. R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, Roma, 1998) comprende ben 170 scritti in materia.

5 La descrizione dei connotati della criminalità organizzata si riferirà in modo particolare all'Italia, che ha un triste primato in materia, ma con l'avvertenza che il fenomeno criminale è una devastante patologia mondiale e presenta tratti comuni con l'esperienza italiana. Inoltre i dati, che saranno richiamati nel testo, se non sono aggiornati, sono nondimeno significativi posto che questa patologia sociale non è recessiva e mantiene comunque, anche al presente, tutta la sua gravità.

a) Per quanto riguarda le risorse finanziarie, si possono sottolineare due dati di fondo.

Anzitutto la criminalità organizzata gestisce un'ampia gamma di attività economiche. Esse sono costituite da traffico di stupefacenti e di armi, da usura, dal contrabbando, dagli appalti pubblici, dall'edilizia, ecc.⁶. Inoltre le organizzazioni criminali detengono “gli affari più lucrosi”, hanno “il monopolio della fornitura ai gruppi minori delle materie prime fondamentali”, avendo “grande liquidità di denaro”, effettuano “operazioni con rendimento elevatissimo” ed entrano “direttamente nel mercato legale”⁷.

In secondo luogo, le stime relative al giro di affari ed ai profitti delle organizzazioni criminali contengono cifre impressionanti, cioè di migliaia di miliardi di (vecchie) lire o di molte decine di milioni di euro. Si possono citare due dati, fra i tanti, a mo' di *flash*. Il fatturato del (solo) racket della criminalità organizzata italiana, secondo una stima dei primi anni '90, ascendeva ad oltre 2.000 miliardi di lire⁸. Il valore complessivo del giro di affari, poi, delle organizzazioni criminali italiane sarebbe ascenso, secondo una stima dello stesso periodo, ad oltre 75 mila miliardi di lire⁹.

Non sembra necessario aggiungere altre prove sulla consistenza del “potere di borsa” (per usare un'espressione della cultura costituzionalistica degli U.S.A.) delle organizzazioni criminali.

b) Anche il quadro del “potere di spada” (sempre per usare una formula della medesima matrice) appare impressionante.

Le organizzazioni criminali hanno, per riprendere le parole del citato sociologo quanto mai autorevole in materia, “disponibilità di personale specializzato e di armamenti adeguati per la protezione delle persone fisiche dei beni e dei mercati di pertinenza” delle stesse “nonché per eliminare gli ostacoli all'ordinaria conduzione degli affari” e dispongono inoltre di “una riserva di individui pronti a mettere a repentaglio la vita propria ed altrui nell'esecuzione di compiti particolarmente rischiosi”¹⁰. Qualche dato, sempre a mo' di *flash*, può rappresentare più concretamente la realtà.

6 Su queste, ed altre attività economiche della criminalità organizzata (italiana), v. L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, Torino, 1994, pp. 247-248 (Violante è stato anche presidente della Commissione parlamentare antimafia).

7 Le parole virgolettate si trovano in L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., p. 248.

8 V. CENSIS, *Contro e dentro. Criminalità istituzioni società*, Milano, 1992, pp. 85-86. A questo studio, sia pur non recente, si rinvia per un'analisi particolareggiata della dinamica dell'economia criminale, con una comparazione della realtà italiana e di quella di altri Paesi (U.S.A., Giappone, Gran Bretagna, Repubblica Federale Tedesca, Francia).

9 Per questi dati, v. L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., p. 260. L'A. sottolinea poi che il giro d'affari delle organizzazioni mafiose risultava pari al 4.4% del PIL italiano del 1993.

10 Cfr. P. ARLACCHI, *Voce Criminalità organizzata*, cit., p. 591.

Le organizzazioni criminali hanno un numero di affiliati che non ascende a qualche unità, bensì a migliaia di componenti. Per richiamare qualche dato della realtà italiana (degli anni '90), si è configurato un complesso di affiliati alle quattro grandi organizzazioni criminali (Cosa Nostra, Camorra, 'ndrangheta, Sacra Corona Unita) di circa 19 mila uomini¹¹. A ciò si aggiunga anche il rapporto intercorrente fra affiliati ad organizzazioni criminali ed abitanti: nel caso, più grave, della Calabria si registra un rapporto fra i primi ed i secondi di 1 a 350. Dati non meno impressionanti poi si ricavano da stime (pur con l'imprecisione inevitabile) relative alla criminalità di altri Paesi. Si può ricordare che i componenti di grandi organizzazioni criminali asiatiche, la Yakuza giapponese o le Triadi cinesi sono stati ritenuti ascendere a circa 100 mila unità ciascuna¹².

La potenza delle organizzazioni di carattere militare è denotata non solo dagli uomini a disposizione, ma anche dal tipo di armamento. Ebbene, secondo valutazioni avanzate nei primi anni '90 (ma che mantengono la loro attendibilità anche oggi), i gruppi criminali italiani “dispongono addirittura di veri arsenali di materiali pesanti da guerra”¹³. Più esattamente dette organizzazioni mafiose “acquistano nel mercato illecito armamenti sofisticati ed esplosivi, oltre che sistemi d'arma di esclusivo uso militare, come missili, cannoni senza rinculo, munizionamento perforante, eccetera”¹⁴. A riprova di questa valutazione di fondo, si può rammentare un solo dato (fra i tanti). Nel 1993, in Italia, “sono stati sequestrati complessivamente 13018 armi da sparo, lunghe e corte, oltre 3.000 bombe, 8.000 pezzi di materiale esplosivo, 138.000 chili di esplosivo, 1.976.310 di munizioni”¹⁵. Tutto ciò, d'altronde, è naturale, se si considera che la criminalità organizzata partecipa attivamente al traffico di armi.

A chiusura del discorso sulle risorse finanziarie e militari dei gruppi criminali, si può concludere che questi hanno a disposizione non qualche killer, ma uno stuolo di delinquenti decisi e spesso professionalmente preparati¹⁶, e non qualche rivoltella, bensì armi sofisticate proprie di efficienti formazioni militari.

11 Per dati disaggregati, relativi alle singole organizzazioni criminali, v. L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., pp. 8, 58, 81, 123.

12 Il dato è tratto dal volume della STERLING, *Un mondo di ladri*, Milano, 1994, pp. 55, 168-169.

13 Cfr. FONDAZIONE ROSSELLI, *Secondo rapporto sulle priorità nazionali. La criminalità organizzata*, Milano, 1995, p. 38.

14 Cfr. FONDAZIONE ROSSELLI, *Secondo rapporto*, cit., p. 39.

15 Cfr. L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., p. 255, cui si rinvia per altre informazioni sull'acquisizione di armi da parte della criminalità organizzata.

16 A volte i killer professionali sono reclutati fra ex appartenenti alle forze di polizia. Per citare un dato relativo al Messico una struttura militare criminale è composta da “ex forze speciali antidroga passate in massa agli ordini di coloro che avrebbero dovuto combattere, ma che pagano fino a cento volte più del miserabile soldo del governo” (cfr. V. ZUCCONI, *Quel fiume di sangue tra Texas e Messico*, in *la Repubblica*, 17 marzo 2010, p. 39).

IV. IMPATTO DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA SUL SISTEMA COSTITUZIONALE

Delineata la forza economica e la “potenza di fuoco” dei gruppi criminali, possiamo descrivere, in termini sintetici, la portata devastante, sul piano istituzionale, dell’impiego da parte di questa degli strumenti di cui dispongono. Anche in questa sede riprenderemo informazioni e valutazioni degli esperti del fenomeno in oggetto e quindi ci limiteremo a rammentare cose note.

a) V’è, in primo luogo, un massiccio ricorso alla violenza ed alla commissione di crimini nei confronti di coloro che non ottemperino agli ordini delle organizzazioni criminali o possano intralciare la loro azione. Così, da un lato, si registrano reati di omicidio, di violenza o di danneggiamento di beni di cittadini che si sottraggono agli imperativi del clan. Dall’altro lato, abbiamo le azioni violente contro coloro che rappresentano “ostacoli all’ordinaria conduzione degli affari: testimoni scomodi, membri del gruppo criminale che diventano informatori o collaboratori delle autorità, talvolta anche poliziotti e magistrati”¹⁷. Di questi ultimi ci sono in Italia nomi famosi, come il gen. Dalla Chiesa, o i magistrati Falcone e Borsellino (per citarne solo alcuni). Violenza, quindi, volta all’assoggettamento dei cittadini ed alla soppressione di funzionari dello Stato¹⁸.

b) Si registra poi, per usare una formula del sociologo già citato, la “non azione della polizia e della magistratura”¹⁹. Si tratta della “neutralizzazione dell’azione di contrasto messa in atto da pubblici poteri” attraverso il metodo della “corruzione dei funzionari pubblici e degli apparati investigativi”²⁰. Tale tecnica della corruzione al fine di compiere impunemente azioni illecite è certo antica nella storia umana e non è certo propria solo della criminalità organizzata. Va però rilevato che il degrado dell’etica, costituito da un crescente disconoscimento delle regole morali e sociali²¹, l’aspirazione all’arricchimento senza remore, l’alta disponibilità di mezzi finanziari consentono un ampio e fruttuoso ricorso alla “non azione della polizia e della magistratura”, della quale un’appendice è il passaggio di uomini delle forze dell’ordine alle dirette dipendenze dei clan criminali²².

17 Per riprendere le parole di P. ARLACCHI, Voce *Criminalità organizzata*, cit., p. 591.

18 E’ stato osservato, con felice espressione, che “*la violence systématique, employée avec parcimonie par un petit nombre de criminels, leur offre un contrôle panoptique des populations*”: cfr. F. RIZZOLI, *Pouvoirs et mafias italiennes. Contrôle du territoire contre État de droit*, in *Pouvoirs. Le crime organisé*, n. 132, 2010, p. 43.

19 Cfr. P. ARLACCHI, Voce *Criminalità organizzata*, cit., p. 592.

20 Cfr. P. ARLACCHI, Voce *Criminalità organizzata*, cit., p. 589.

21 Siamo in un’epoca in cui si afferma sempre più un individualismo, inteso non tanto come volontà di libertà dal potere, ma come “esplosione edonista” e culto “dei valori edonisti, permissivi” (per usare le parole della J. RUSS, *L’etica contemporanea*, trad. italiana, Bologna, 1994, p. 13).

22 Si richiama il già citato caso di appartenenti alle forze speciali antidroga passati alle dipendenze dei narcotrafficanti: v. nota 16.

c) La criminalità organizzata esercita un'influenza sul potere politico attraverso un'azione che investe i meccanismi istituzionali.

I gruppi criminali, come s'è visto, hanno interesse a neutralizzare o ad assoggettare, se possibile, gli apparati di polizia e giudiziari. Ma, com'è logico, essi hanno bisogno anche dell'ausilio, costituito da azioni od omissioni, del potere politico. Quest'ultimo può, a livello locale, adottare provvedimenti di favore nei confronti della criminalità organizzata. Si pensi alla realizzazione di opere pubbliche od alla gestione di servizi pubblici, i quali "sono altamente redditizi...consentono di erogare salari e quindi costruire catene clientelari ed aumentare il controllo sulla società civile; danno la possibilità di assumere personaggi che svolgono attività criminali"²³. Il potere politico è altresì utile alla criminalità organizzata, sia a livello legislativo che amministrativo, qualora tenda a limitare con leggi od altri provvedimenti l'azione di contrasto della medesima. Ciò spiega perché i gruppi criminali, con il controllo del territorio in certi casi e comunque di quote di elettori, influiscano sulle elezioni e quindi sulla composizione dei corpi elettivi, nazionali o locali.

L'Italia, purtroppo, è emblematica di tale fenomeno.

Per riprendere le efficaci parole di uno scritto recente in materia – pubblicato in un'opera francese – la criminalità organizzata "*fait élire des hommes «disponibles» pour défendre ses intérêts*" e la "*relation entre la mafia et le politique est fondée sur la reciprocità: leurs relations se nourrissant d'influences, de pressions, d'interaction réciproques et d'échanges de faveurs*"²⁴. Tutto ciò ecomprovato da significativi dati. Dal 1991 oltre 170 consigli comunali sono stati sciolti per infiltrazioni della malavita, mentre a livello nazionale si registra la contiguità con la criminalità organizzata di esponenti di governo di gruppi politici, come comprovato dalle vicende, documentate talvolta anche in sede giudiziaria, di Andreotti o di Berlusconi²⁵.

d) Volendo trarre una valutazione di ordine istituzionale possiamo affermare che la criminalità organizzata costituisce una gravissima patologia dell'ordinamento liberaldemocratico ed una plateale negazione del costituzionalismo. Due ordini di considerazioni possono comprovare tale tesi.

Anzitutto, c'è il devastante impatto sul godimento dei diritti umani. A tacere della menomazione dei diritti della personalità provocata da omicidi, violenze sulla persona, ecc., perpetrati dalla criminalità organizzata, è particolarmente rilevante un dato. Oggi, anche nei regimi liberaldemocratici, esiste la schiavitù. Certo non è fenomeno legalizzato, come nei secoli passati (da ultimo, nell'Ottocento, negli Stati Uniti prima del 1865); nondimeno esiste, ed in grandi dimensioni, anche oggi. Si pensi al traffico di esseri umani

23 Per riprendere le parole di L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., p. 260.

24 Cfr. F. RIZZOLI, *Pouvoirs et mafias*, cit., p. 50.

25 Per le vicende di Andreotti e per le convergenze politiche e culturali della criminalità organizzata con Berlusconi e i suoi accoliti, v. F. RIZZOLI, *Pouvoirs et mafias*, cit., pp. 50-51.

per uno sfruttamento di tipo sessuale oppure al traffico di organi umani. Del resto, c'è ormai una letteratura sociologica proprio dedicata alle nuove forme di schiavitù²⁶.

Non sembra necessario spendere molte parole per dimostrare che la presenza della schiavitù è una negazione radicale del costituzionalismo e dei diritti ad esso inerenti ed è un cancro nel corpo di una liberaldemocrazia²⁷.

In secondo luogo, gli studiosi più avveduti e gli esperti del fenomeno criminale non esitano a sottolineare la contraddizione radicale fra criminalità organizzata e stato di diritto. Qualche citazione, a mo' di *flash*, lo comprova. E' stato ben sottolineato che, "diversamente dalla criminalità comune", il fenomeno criminale in oggetto "non viola il diritto ma *nega il diritto*, poiché non riconosce il monopolio statale della forza e quindi è *fuori e contro lo Stato*", anche se "per le sue attività legate al denaro pubblico e la sua partecipazione attiva alla vita pubblica essa è *dentro e con lo Stato*"²⁸. Così pure si è sostenuto che la criminalità organizzata "tende ad imporre norme e regole generali non scritte; a strutturare il sistema politico; a stabilire una «costituzione» illegale"²⁹ e ad assumere "una valenza politica di attacco frontale e concorrenziale ai poteri legali"³⁰, generando "un governo invisibile, il governo *de facto*, che si cela dietro il sovrano legale *de jure*", con "una distorsione gravissima dell'ordinamento costituzionale"³¹.

Certamente, sulla natura specifica del fenomeno criminale in oggetto sul piano costituzionale si può discutere. Si può, in termini più concreti, discutere se si tratti di un governo di fatto, di uno "stato parallelo", oppure no³². Non sembra dubbio, però, che si

26 V., a titolo indicativo, P. ARLACCHI, *Schiavi*, Milano, 1999; E. CICONTE, P. ROMANI, *Le nuove schiavitù*, Roma, 2002; T. CASADEI, S. MATTARELLI, *Nota introduttiva*, in T. CASADEI, S. MATTARELLI, *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, Milano, 2009, p. 14 ss.; E.J. PÉREZ ALONSO, *La nuova schiavitù del XXI secolo: il traffico illegale di persone*, *ivi*, p. 163 ss.

27 E' stato ben detto che la criminalità organizzata "pone una minaccia mortale all'ordinamento costituzionale dei diritti" (cfr. C.G. ROSSETTI, *L'attacco allo Stato di diritto*, Napoli, 1994, p. 247).

28 Cfr. V. SANTINO, *La mafia come soggetto politico ovvero: la produzione mafiosa della politica e la produzione politica della mafia*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO, *La mafia le mafie*, Roma, Bari, 1994, p. 127 (il corsivo, di cui nel testo, è dell'Autore).

29 Cfr. C.G. ROSSETTI, *L'attacco*, *cit.*, p. 247.

30 Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Democrazia e diritto*, 1983, p. 43.

31 Cfr. C.G. ROSSETTI, *L'attacco*, *cit.*, p. 247.

Per ulteriori, convergenti, affermazioni sulla degenerazione del sistema costituzionale provocata dalla criminalità organizzata, con riferimento soprattutto all'Italia ed alla letteratura italiana in materia, ci permettiamo di rinviare al nostro *Costituzionalismo, costituzione e criminalità organizzata*, in *Archivio di diritto costituzionale*, n. 4, Torino, 1997, soprattutto, p. 124 ss.

32 Su questa problematica, ci permettiamo di rinviare ancora al nostro scritto *Costituzionalismo*, *cit.*, p. 124 ss., nonché, per un'indagine più approfondita sul piano concettuale, al no-

tratti di un'entità atta a menomare la sovranità dello Stato (liberaldemocratico), che non costituisce “un semplice problema di ordine pubblico o di sicurezza sociale”, bensì “una realtà che può mettere in pericolo la sopravvivenza delle democrazie, delle istituzioni e delle strutture della società civile di tutti i paesi del mondo”³³.

V. BIVALENZA DEL COSTITUZIONALISMO IN RAPPORTO ALLA POTESTÀ REPRESSIVA DELLO STATO

Veniamo all'analisi critica della configurazione del costituzionalismo quale fattore soltanto limitativo della potestà repressiva dello Stato. Contro siffatta concezione del costituzionalismo possono opporsi molteplici considerazioni, che in progressione si sviluppano in un unico discorso logico.

a) C'è, in primo luogo, una constatazione di fondo relativa alla storia del costituzionalismo. Tale fenomeno si è tradotto ora in limitazioni del potere statale, ora, al contrario, in estensione di detto potere.

Sussiste certamente un costituzionalismo denotato dal riconoscimento e dalla tutela dei diritti di libertà. Tale filosofia istituzionale, sorta come si è ricordato in precedenza, contro l'assolutismo (e rinverdata dalla reazione al totalitarismo del XX secolo), si sostanzia, nelle enunciazioni costituzionali, in una pretesa ad un'astensione dello Stato, cioè in “*un système de limitations imposées au pouvoir afin d'assurer le libre jeu... des libertés, des possibilités de choix dans l'ordre de la pensée et de l'action*”³⁴. Tali diritti sono cioè dei *pouvoirs d'agir*, che implicano, nella loro manifestazione storica, “*pour l'Etat... une obligation négative: ne pas intervenir dans leur mise en oeuvre*”³⁵. Ma esiste anche la versione di un costituzionalismo propulsore non già dell'astensione, bensì dell'intervento dello Stato. La constatazione della mancata soddisfazione, da parte di uno stato informato al liberismo economico, di esigenze fondamentali della maggioranza degli individui (*in primis* quelle di ordine biologico) e la reazione politica e culturale contro tale situazione hanno indotto la rivendicazione di un complesso di prestazioni nei confronti del potere statale per la tutela del lavoro, della salute, ecc. Sono maturati perciò diritti – anche di natura costituzionale – che, sempre per riprendere le parole di un'autorevole dottrina francese – si sostanziano “*in pouvoirs d'exiger, qui confèrent à leur titulaire une créance sur l'Etat*”³⁶. In quest'ottica costituzionale, generata dalla presenza anche di *pouvoirs d'exiger* (accanto ai *pouvoirs d'agir*), il potere statale appare non più

stro *Criminalità organizzata e sovranità dello Stato*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Milano, 1996, soprattutto p. 2660.

33 Cfr. CUSANO, INNOCENTI, *Le organizzazioni*, cit., p. 193.

34 Cfr. J. RIVERO, *Les libertés publiques*, I, Paris, 1978, p. 115.

35 Cfr. J. RIVERO, *Les libertés*, cit., p. 115.

36 Cfr. J. RIVERO, *Les libertés*, cit., p. 116.

“*l’ennemi de la liberté*”³⁷, bensì il soggetto che ha il dovere di intervenire positivamente per assicurare quelle prestazioni, quell’adempimento di obbligazioni, che il mercato non fornisce. L’azione, non l’omissione, è il dovere del debitore.

Dalle vicende storiche del costituzionalismo emerge una duplice valenza di quest’ultimo, ora di ostilità, ora di favore nei confronti dell’intervento del potere statale nella sfera di individui o di gruppi sociali. Si è manifestata un’opposizione alla potestà pubblica, allorché l’esigenza fondamentale ed il bisogno storicamente emerso ha indotto a rivendicare sfere di libertà contro l’ingerenza e gli arbitrî di governanti autocratici. Si è verificato un *favor* nei confronti dell’interventismo statale allorché, in presenza dei diritti sociali e dell’inidoneità della società ad assicurarne la realizzazione, “*l’Etat ne peut plus se borner à reconnaître l’indépendance juridique de l’individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale*”³⁸.

b) La logica intrinseca del costituzionalismo, a prescindere dalla sua manifestazione nei diversi momenti storici, induce a ritenere che la bivalenza sia configurabile in tutti gli ambiti (e quindi all’interno dei medesimi ambiti).

Anzitutto, tutti i diritti costituzionali, a ben vedere, hanno un duplice risvolto. Più esattamente essi sono costituiti da una duplice pretesa dei soggetti titolari: al fare od al non fare di altri soggetti. Ciò significa che la realizzazione di ogni diritto implica sia un’omissione sia un’azione di soggetti altri nei confronti del titolare del diritto stesso. Per comprovare, con esempi concreti, quest’affermazione può rilevarsi che un diritto sociale, quale il diritto al lavoro, significa sia la pretesa ad avere un’occupazione, quindi al fare di un soggetto, sia la pretesa alla libera scelta della professione (la “libertà al lavoro”), quindi al non fare di altri³⁹. Su un diverso versante, anche i diritti di libertà si sostanziano sia nella pretesa ad un’astensione di soggetti (pubblici o privati) sia nella pretesa a comportamenti attivi di altri soggetti (soprattutto pubblici), poiché, per dirla con un’autorevole costituzionalista italiano, anche “le libertà politiche e civili sono tutte condizionate alla possibilità di farle valere in giudizio, cioè all’organizzazione della

37 Per questa formula, e per lucide considerazioni di sintesi sul tema, rinviamo ad un altro scritto dell’illustre Autore citato: v. J. RIVERO, *Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques*, in A. de LAUBADÉRE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, I, Paris, 1980, p. 551.

38 Per riprendere le parole di un noto studioso di diritto costituzionale comparato della prima metà del secolo scorso: cfr. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1936, p. 40. Si rinvia, a titolo indicativo, a questo volume per una panoramica dell’evoluzione del costituzionalismo nella prima metà del secolo scorso e della conseguente trasformazione del ruolo dello Stato nella garanzia dei diritti umani.

39 Per questa duplice configurazione del diritto al lavoro nell’ambito della cultura giuridica italiana, v., a titolo indicativo, A. APOSTOLI, *Art. 4*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (fondatori). S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 38 s.

funzione giurisdizionale”⁴⁰ (e, aggiungiamo, anche all’opera delle forze dell’ordine). In verità poi l’analisi delle condizioni necessarie all’operatività dei diritti costituzionali comprova, in modo inconfutabile, che “ogni diritto, nessuno escluso, sia fra quelli «ad essere lasciati in pace» (dagli altri e dallo Stato) sia fra quelli «ad essere aiutati» al contrario (dallo Stato, prima che dagli altri), comporta...una serie, più o meno ampia, di interventi pubblici, tutti sia pure in misura diversa, onerosi”⁴¹.

In secondo luogo, e questa ci sembra una considerazione ancora più rilevante per contestare la primitiva concezione del costituzionalismo, tutti i diritti costituzionali, “nessuno escluso”, possono essere violati e compromessi da comportamenti di soggetti sia pubblici che privati. Più esattamente, una costituzione, allorché prefigura diritti, mira a tutelare beni della persona umana, considerata sia singolarmente che associata, e deve prefigurare implicitamente l’illiceità di ogni condotta che sia lesiva di questi beni, qualunque sia il soggetto, pubblico o privato, che la ponga in essere. Per riprendere felici parole dell’autorevole costituzionalista francese già citato, “*les droits fondamentaux doivent se concevoir non seulement comme une protection de l’individu contre l’arbitraire public, mais aussi comme une protection contre l’arbitraire privé qui n’est moins redoutable*”⁴². Del resto per addurre qualche dato concreto, a conferma del discorso generale, deve ritenersi che la libertà personale di un individuo sia violata da un sequestro di persona da parte di malviventi quanto, e ancor più, da un arresto arbitrario o che la pressione di un imprenditore su un lavoratore per impedirgli di esprimere un’opinione sia altrettanto grave di una analoga pressione operata da organi dello Stato⁴³.

In terzo luogo, non ha alcun pregio argomentativo la constatazione che le costituzioni, quando si tratti della potestà punitiva dello Stato, prefigurano di norma solo limitazioni della medesima e quindi degli interventi del potere pubblico. Tale limite e l’omissione di obblighi di repressione non denotano l’assenza di un imperativo costituzionale di repressione, bensì la sua esistenza implicita. Sarebbe ridicola una norma costituzionale che vietasse l’omicidio, o il sequestro di persona o la pedofilia – per limitarci a gravi ipotesi di condotte illecite – poiché è scontato nell’ambito sociale, culturale e politico che tali condotte violano diritti costituzionali e vanno bandite. In fondo, si può ritenere, per introdurre una similitudine tratta dall’esperienza costituzionale italiana, che la tutela

40 Cfr. M. MAZZIOTTI, Voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 856.

41 Cfr. C. FUSARO, *Presentazione*, in S. HOLMES, C.R. JUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, trad. italiana, Bologna, 2000, p. 7.

42 Cfr. J. RIVERO, *Synthèse*, in L. FAVOREU (*sous la direction de*), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Aix-en-Provence, 1982, p. 523. Si può aggiungere che è quanto mai diffusa, oltre che nella dottrina tedesca, la teoria della “*Drittwirkung* dei diritti costituzionali”, cioè della loro operatività anche nei rapporti privati: v., per tutti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 490 (per citare un’opera manualistica italiana); F.F. SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 484 ss. (per riferirsi ad un manuale spagnolo).

43 Quest’ultimo esempio è esposto da J. RIVERO, *Synthese*, cit., p. 523.

di diritti contro le aggressioni di soggetti privati è implicita e naturale come lo è il riconoscimento del diritto alla vita, benché tale diritto non sia espressamente sancito dalla costituzione italiana.

A riprova di ciò può aggiungersi che si possono richiamare illustri esponenti del pensiero liberale o dell'illuminismo – filoni politico-culturali che appartengono alle radici del costituzionalismo – i quali hanno giustificato la potestà punitiva dello Stato ed i conseguenti interventi in chiave di tutela delle libertà. L'economia del presente scritto non consente di dilungarci nella trattazione di questi dati culturali, ma ci limitiamo a citare i nomi di Locke o di Filangieri come emblematici di questa versione in positivo del costituzionalismo⁴⁴.

c) Da ultimo si può ricordare che sul versante del diritto costituzionale penale, cioè della portata di detto diritto nell'ambito punitivo, ci sono materiali di rilievo a supporto di un imperativo costituzionale circa la repressione o la prevenzione di illeciti penali. Anche in tal caso procediamo per *flash*.

Anzitutto si registrano, con riferimento alla cultura giuridica italiana, voci di autorevoli penalisti che riconducono l'esercizio della potestà punitiva dello Stato – ovviamente con i dovuti limiti e garanzie – alla tutela dei diritti costituzionali, ivi compresi quelli di libertà. Osservava un grande penalista del XIX secolo, contro coloro che ravvisavano un'antinomia fra potestà punitiva dello Stato e libertà, che tale opinione era frutto di un "gravissimo abbaglio". Infatti, posto che la libertà è "la facoltà di fare ciò che a sé giova, alla sola condizione di non ledere i diritti altrui", l'illustre giurista affermava che "la restrizione degli atti offensivi non è un limite alla libertà... è la condizione assoluta ed intrinseca al suo modo di essere. La libertà è il diritto: il diritto è la libertà umana". Dal che poi traeva la conclusione, secondo cui "il giure penale non è dunque un moderatore della libertà umana", ma "ne è il protettore" e "chi lo descrisse come un freno di libertà, ne falsò la natura"⁴⁵.

Convergenti con questa tesi sono riflessioni di autorevoli penalisti, anche essi italiani, della seconda metà – anzi delle ultime due decadi – del XX secolo. Così è stata prospettata una configurazione bivalente del garantismo in materia penale. Accanto al tradizionale garantismo "liberale volto alla tutela della libertà e dei diritti individuali nei confronti del potere statale" si è prospettato un diverso garantismo, quello "collettivo" - che si riconnette al primo, "in un rapporto che è insieme di complementarità e polarità" – costituito dalla difesa collettiva delle condizioni "materiali" della convivenza mediante (anche) l'intervento dello stato, e precisamente di quegli stessi apparati nei cui confronti si fa valere l'esigenza di

44 Per le citazioni di tali pensatori e per più ampie delucidazioni di questo loro orientamento, ci permettiamo di rinviare al nostro *Costituzionalismo*, cit., p. 133 ss.

45 Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, I, Firenze, 1898, p. 268.

garanzia delle posizioni individuali⁴⁶. O, per riprendere altre significative espressioni, sempre nella medesima ottica, è stata affermata la “bidimensionalità dei diritti costituzionali” anche in materia penale, cioè si è rimarcato che “sul postulato che il riconoscimento di un diritto non può ammettere la liceità giuridica della sua violazione e, quindi la non sanzionabilità della stessa, i diritti costituzionali implicano, oltre al diritto di libertà dal crimine, anche il diritto alla prevenzione statutale dei reati lesivi di tali diritti”⁴⁷.

Non da oggi, quindi esiste anche un settore della dottrina penalistica, e di tutto rispetto, volto a negare l’antinomia fra potestà punitiva dello Stato e diritti costituzionali.

In secondo luogo, sussistono dati di natura normativa e giurisprudenziale circa la funzionalità della potestà punitiva alla realizzazione di finalità costituzionali. Circa i primi, ad esempio, l’art. 45 della Costituzione spagnola, sancito il principio dell’utilizzazione e conseguente protezione del *medio ambiente*, dispone che per coloro, che violeranno tale norma, “*se estableceràn sanciones penales o, en su caso, administratives*”. Se è vero che non sono mancate critiche a tale disposizione⁴⁸, nondimeno essa è una significativa espressione, sotto il profilo filosofico-costituzionale, della funzionalità della potestà punitiva in rapporto ad un interesse costituzionale (nella fattispecie della tutela ambientale).

Relativamente al versante giurisprudenziale vanno ricordate due vicende.

All’interno degli ordinamenti nazionali, si sono registrate tendenze della giurisprudenza costituzionale a configurare una obbligatorietà di disciplina penale per la tutela di beni costituzionali. C’è, ad esempio, la posizione espressa dalla, pur discutibile nel merito specifico, sentenza del Tribunale costituzionale della Repubblica Federale tedesca relativa all’interruzione volontaria della gravidanza, la quale ha accolto, con riferimento alla materia *de qua*, la tesi dell’esistenza di *verfassungrechtlicher Pönalisierungsbote* (per usare le parole della cultura giuridica di quel Paese), cioè di criminalizzazione costituzionalmente obbligatoria⁴⁹. Sussiste, ed è ancor più rilevante, l’orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo che ha sostenuto che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo – più esattamente, l’art. 2, c.1, in virtù del quale “il diritto di ogni persona è protetto dalla legge” – “obbliga lo Stato non solo ad astenersi dal provocare la morte in

46 Per riprendere le felici parole di D. PULITANÓ, *Sui garantismi. Per una reimpostazione del dibattito*, in *Democrazia e diritto*, 1980, p. 678. Su questa linea, v., per qualche altra citazione a titolo indicativo, L. VIOLANTE, *Cultura giuridica e tutela delle libertà*, in *Democrazia e diritto*, 1983, soprattutto p. 7 ss.

47 Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, pp. 695-696.

Su queste vicende culturali, sia consentito rinviare al nostro *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, p. 459 ss.

48 V., per qualche critica alla previsione di una penalizzazione obbligatoria delle condotte lesive del bene ambiente, O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (commentario sistematico)*, Madrid, 1978, pp. 325-326.

49 Questa sentenza si trova riportata, in lingua italiana, nel volume *L’aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, in *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1976, p. 179 ss.

modo volontario e irregolare, ma anche a prendere le misure necessarie alla protezione delle persone poste sotto la sua giurisdizione”, e, sempre per riprendere le parole di detto giudice, “in alcune circostanze ben definite, l’articolo 2 può porre a carico delle autorità l’obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico per proteggere l’individuo la cui vita è minacciata da comportamenti criminali altrui”⁵⁰.

Senza verificare l’ampiezza di siffatte prese di posizione di dottrina e giurisprudenza oppure di dati legislativi e senza discutere nel merito le diverse affermazioni nei casi specifici, può ritenersi che l’affermazione dell’illustre penalista citato, secondo cui “il giure penale non è...un moderatore della libertà umana”, ma anzi “ne è il protettore”, rappresenta una tesi costituzionalistica che ha avuto un seguito nella legislazione (costituzionale), nella dottrina e nella giurisprudenza.

VI. RILEVANZA COSTITUZIONALE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E SUE CONSEGUENZE

Dalla configurazione della rilevanza costituzionale della criminalità organizzata possono discendere diverse conseguenze. Due ci sembrano essere fondamentali, una sul piano descrittivo, l’altra su quello prescrittivo.

a) Sotto il profilo descrittivo, riteniamo che l’esposizione del diritto costituzionale debba ricomprendere tale fenomeno criminale ed il suo significato.

Come è noto, la letteratura costituzionalistica, in generale, e quella manualistica in modo più specifico, non si limita a dar conto di norme o di principi, cioè di un dover essere istituzionale, ma descrive pure, sia pur nei lineamenti essenziali, l’effettività di norme o principi, cioè gli ordinamenti nella loro effettività. Posto che, per dirla con una felice espressione di costituzionalisti francesi, il diritto costituzionale è “*l’encadrement juridique des phénomènes politiques*”⁵¹, è naturale la tendenza, più o meno accentuata nei diversi stati e nelle diverse opere, della letteratura costituzionalistica, ad occuparsi, più di quanto avvenga in altri settori, di fenomeni quali la struttura e la sovranità dello Stato, le forme di stato e di governo; i gruppi politici, le fonti fatto, ecc. Se nel diritto civile, commerciale ecc. lo scarto tra le norme e la loro applicazione sussiste sempre, ma è contenuto, nel campo costituzionale lo *hiatus* fra normatività ed effettività può in certi casi essere radicale: si pensi all’ipotesi estrema, ma non priva di riscontro storico, di costituzioni liberali o democratiche formalmente vigenti in regimi sostanzialmente autoritari.

L’esistenza della criminalità organizzata, soprattutto se di grandi dimensioni, alterando la fisionomia dei regimi liberaldemocratici, deve avere un risalto nella descrizione delle costituzioni di detti regimi, se essa non vuole essere ingannevole. Con

⁵⁰ Queste espressioni, che ben rappresentano un orientamento manifestato a più riprese, si rinvencono nella sentenza Maiorana ed altri c. Italia del 15 dicembre 2009, pp. 103.-104.

⁵¹ Cfr. A. HAURIOU, J. GICQUEL, P. GÉLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1975, p. 9.

una rappresentazione a tinte forti, abbiamo richiamato, nella trattazione dei rapporti fra il fenomeno criminale in oggetto e lo stato costituzionale, una formula, tratta da un'opera famosa: il "doppio Stato"⁵². Ebbene, una descrizione dei regimi liberaldemocratici volta solo ad enfatizzare diritti individuali, garanzie dei medesimi, sovranità dello Stato pur organizzato secondo moduli pluralistici, ecc. costituisce una mistificazione, un occultamento di uno scarto assimilabile all'esposizione di una costituzione formalmente liberaldemocratica di un ordinamento sostanzialmente autocratico. Pur *mutatis mutandis*, il rapporto fra costituzione liberaldemocratica e criminalità organizzata deve essere messo in luce e con il modulo del "doppio Stato" richiamato.

b) Ancor più consistenti sono le conseguenze in termini prescrittivi, pragmatici.

Le costituzioni prefigurano diritti e garanzie. Ora la realizzazione di tutti i diritti e le garanzie contemplati dai testi costituzionali può avvenire sulla base di un presupposto fondamentale, di regola, non scritto: l'esistenza di situazioni di normalità. Più esattamente diritti e garanzie presuppongono un contesto di pace interna od internazionale, nel quale lo Stato possa esercitare, senza difficoltà, la sua sovranità, cioè le "somme potestà dell'ordinamento statale"⁵³, dotato di quel requisito rappresentato dal "monopolio dell'uso legittimo della forza fisica"⁵⁴. Se sussistono gravi impedimenti, per ragioni di forza maggiore, all'esercizio delle funzioni sovrane (giurisdizionali, amministrative, ecc.), allora risulta impraticabile la realizzazione, in via ordinaria, delle prescrizioni costituzionali e risulta necessario il ricorso a deroghe, a discipline *extra ordinem*.

Questa soluzione non è immune da rischi, cioè dal pericolo di utilizzazione arbitraria dei poteri eccezionali, e ciò spiega la "*réticence du droit constitutionnel envers l'état de nécessité*"⁵⁵, cioè nei confronti della *deminutio* di diritti e garanzie costituzionali in situazioni di emergenza. Nondimeno essa si è affermata poiché, in circostanze eccezionali di difficoltà dello Stato (liberale o democratico), proprio la deroga all'ordinario regime consente la miglior tutela e realizzazione dei valori costituzionali propri di tale stato⁵⁶.

52 V.E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, trad. italiana, Torino, 1983, scritto che, con riferimento al regime nazista, coglieva una compresenza di una sfera normativa, legale, e di una sfera dell'arbitrarietà (la prima nei rapporti economici, la seconda attinente ai rapporti pubblici), cioè un "doppio Stato". Il nostro scritto, se è consentita l'autocitazione, è *Criminalità organizzata*, cit., p. 291 ss.

53 L'espressione è di un grande giuspubblicista italiano: cfr. M.S. GIANNINI, Voce *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, p. 227.

54 Per riprendere la nota formulazione di un grande sociologo tedesco: cfr. M. WEBER, *Lo stato razionale come gruppo di potere in forma istituzionale, fornito del monopolio della violenza legittima*, in ID., *Economia e società*, II, Milano, p. 692.

55 Per usare le felici parole di una studiosa francese: cfr. G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, 1965, p. 31, cui si rinvia per una ricca trattazione della materia.

56 E' stato ben osservato che "*le recours à l'état de nécessité ne va certes pas à l'encontre de la démocratie puisqu'il vise à sauver l'État démocratique qui a, comme tout autre, le droit et le devoir d'assurer sa propre conservation*" (cfr. G. CAMUS, *L'état*, cit., p. 207).

Con una battuta, proprio per realizzare la guarigione di un individuo ammalato, e quindi il suo benessere, si devono praticare terapie e ricoveri ospedalieri, che non sono gradevoli, ma che rispondono al fine del miglioramento della qualità della vita. Ciò è comprovato da due ordini di vicende di storia costituzionale.

In una prima direzione si è verificata una deroga, in circostanze eccezionali, all'ordinario regime delle garanzie costituzionali, che non contemplava, almeno a livello di testi normativi, detta deroga: si pensi all'esercizio di poteri ed all'adozione di misure *extra ordinem* in situazioni belliche o di gravi pericoli per l'ordine pubblico⁵⁷. Inoltre sia la dottrina che la giurisprudenza hanno riconosciuto la liceità dello stato di necessità e dell'adozione di misure *extra ordinem*, pur nel silenzio delle disposizioni costituzionali⁵⁸.

In altra direzione, si è registrata l'introduzione in vari testi costituzionali di norme che prefigurano il potere di adozione di misure straordinarie, con possibile limitazione di diritti costituzionali, in situazioni di necessità. Si possono ricordare, a mo' di esempio, nell'anteguerra, il famoso art. 48 della Costituzione di Weimar e, dopo la seconda guerra mondiale, l'art. 16 dell'attuale costituzione francese (che presenta qualche analogia con il predetto art. 49 tedesco); l'art. 116 dell'attuale costituzione spagnola ed infine le disposizioni – art. 115a e seguenti – dell'attuale costituzione tedesca relative allo stato di difesa⁵⁹.

Per riprendere le efficaci parole della giurista francese citata, si deve senz'altro ritenere legittimo lo stato di necessità con potere di adottare misure *extra ordinem* allorché si sia in presenza sia di una “*menace contre l'état démocratique*”, sia de “*l'impossibilité d'y faire face per le jeu normale des institutions constitutionnelles*”⁶⁰. Ora, se è vero che sono state configurati conflitti armati o calamità naturali come circostanze classiche per la configurazione di detto stato di necessità, nondimeno altre sono configurabili⁶¹ e, senza ulteriormente diffonderci sulla tematica specifica, riteniamo, sulla base di quanto s'è cercato di dimostrare nelle pagine precedenti, che anche l'esistenza di una devastante criminalità organizzata possa ben rientrare nelle situazioni legittimanti poteri e misure *extra ordinem*.

Per concludere il discorso, ed al fine di definirne i confini, riteniamo necessarie due precisazioni.

57 Per un ampio quadro storico, v. G. CAMUS, *L'état*, cit., p. 39 ss.

58 Per quanto riguarda l'ordinamento italiano del periodo liberale, quindi anteriore all'entrata in vigore dell'attuale costituzione, si rinvia agli scritti di due assai autorevoli costituzionalisti: v. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in ID., *Scritti minori*, I, 1950 (lo scritto risale al 1909); V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1928, p. 223 ss.. Per quanto riguarda altri ordinamenti, v., per tutti, G. CAMUS, *L'état*, cit., p. 9 ss. e p. 176 ss.

59 V., per uno sguardo comparativo aggiornato, sia pur sintetico, attinente alle disposizioni costituzionali sullo stato di necessità, G. MIRBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, p. 97 ss.

60 Cfr. G. CAMUS, *L'état*, cit., p. 244.

61 Sul punto, v., sempre, G. CAMUS, *L'état*, cit., p. 245 ss.

In primo luogo, non si vuole, in questa sede, avanzare proposte di politica criminale. Più esattamente, non intendiamo discutere di strumenti, di natura penale od extrapenale, necessari per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata. Non ne abbiamo la competenza e comunque non lo consentirebbe l'economia del presente scritto. In questa sede abbiamo solamente inteso sostenere che non si deve rinunciare a certi strumenti, cioè misure *extra ordinem*, qualora essi siano ritenuti assolutamente necessari per ripristinare la legalità e la sovranità dello Stato (democratico). Il discorso condotto in precedenza è volto a rimuovere ostacoli all'azione di contrasto della criminalità ed a consentire perciò risultati positivi che non sarebbero, e probabilmente non sono, possibili in presenza di certe remore ipergarantistiche.

In secondo luogo, e questa sembra una precisazione ancor più necessaria, la negazione di certi limiti non è (si passi la battuta)...senza limiti. Più esattamente, valgono certamente, nella materia in oggetto, due, convergenti, orientamenti in tema di limitazione dei diritti, uno di ordine generale, l'altro più specifico.

Richiamando il primo, si può rilevare che “il bilanciamento dei diritti (*balancing test* nella terminologia americana, *abwägung* in quella tedesca) è una tecnica impiegata in genere da tutte le corti costituzionali per risolvere le questioni di costituzionalità in cui si registri un contrasto tra diritti e interessi diversi”⁶². Ciò significa che quando necessiti limitare un diritto per realizzare un interesse costituzionale si deve operare un contemperamento, senza negare il primo. Ora sono stati elaborati dei canoni che garantiscano la correttezza di questa operazione. Per l'esattezza si deve valutare “la congruità del mezzo rispetto al fine”, cioè se sia proprio necessario limitare i diritti, poi “un giudizio di proporzionalità, cioè effettuare la minima limitazione possibile dei diritti, ed infine preservare comunque il contenuto essenziale dei medesimi”⁶³. E' agevole osservare che questo procedimento logico, di ordine generale, vale anche per il bilanciamento fra diritti costituzionali e tutela dei cittadini nei confronti della criminalità organizzata.

Il secondo orientamento è costituito dalle riflessioni della dottrina sui limiti dello stato di necessità. I giuristi che, in diversi periodi ed in diversi paesi, si sono occupati dell'argomento e si sono preoccupati della preservazione dei principî liberaldemocratici, hanno prefigurato dei limiti alle deroghe al sistema costituzionale. Per dirla con un grande costituzionalista già citato, “la necessità può fare uscire temporaneamente dalla legalità, ma nella legalità si deve rientrare quando l'impero della prima cessa”⁶⁴. Sulla

62 Per riprendere le parole di un felice manuale italiano di diritto costituzionale: cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 495.

Trattasi di un fenomeno troppo noto per richiedere citazioni bibliografiche. Comunque, per una panoramica storica e di diritto comparato circa questo canone del bilanciamento di diritti ed interessi costituzionali, v. R. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, p. 2 ss.

63 Le parole virgolettate sono riprese da R. BIN, G. PETRUZZELLA, *Diritto*, cit., pp. 498-499.

64 Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., p. 305.

base di questa imposizione sono stati poi prefigurati diversi tipi di controllo, cioè di natura giurisdizionale o politica⁶⁵. Ora, non è necessario riprendere e discutere tali soluzioni. Ci limitiamo a concludere che le riflessioni sulle deroghe al regime ordinario imposte dallo stato di necessità forniscono però materiale abbondante per la disciplina e la delimitazione di dette deroghe, e tale materiale ben può essere utilizzato anche per una normativa *extra ordinem* atta al recupero di efficacia dei principî costituzionali contro le menomazioni apportate agli stessi dalla criminalità organizzata.

⁶⁵ Sempre a titolo indicativo, v. S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., soprattutto p. 304 ss.; G. CAMUS, *L'état*, cit., soprattutto p. 333 s.