Rivista di Diritto Costituzionale

2001

TI 83825415
RIVISTA DIRITTO
COSTITUZIONALE
2001
GIAPPICHELLI
TORINO
T 00000021

Rivista di Diritto Costituzionale

Rivista dell'Associazione «Gruppo di Pisa»

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 1996 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 88-348-1374-X

Comitato di Direzione

M. Ainis, V. Angiolini, A. Anzon, G. Azzariti, P. Costanzo, S. Grassi, M. Luciani, S. Mangiameli, C. Pinelli, G. Pitruzzella (Direttore responsabile), R. Romboli (Coordinatore scientifico), E. Rossi, A. Ruggeri, R. Tarchi.

Comitato Scientifico

L. Aguiar de Luque, E. Balboni, M. Baudrez, M. Bertolissi, E. Bettinelli, R. Bin, B. Caravita, P. Carrozza, L. Chieffi, P. Ciarlo, V. Cocozza, L. Diez-Picazo, A. Di Giovine, M. Dogliani, G. D'Orazio †, G.F. Ferrari, G.G. Floridia, S. Gambino, F. Lanchester, A. Manitakis, R. Nania, L. Pegoraro, A. Pisaneschi, M. Raveraira, P. Ridola, S. Sicardi, R. Toniatti, L. Ventura, M. Volpi, A. Weber.

Comitato di Redazione, coordinato da S. Panizza

L. Azzena, L. Bedini, P. Bianchi, G. Campanelli, F. Caporilli, F. Dal Canto, A. Di Capua, E. Libone, E. Malfatti, L. Mannelli, P. Passaglia, A. Pertici, P. Sabatelli, A. Sperti, G. Vaglio, N. Vizioli, S. Vuoto.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 4928 del 5 luglio 1996.

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

NESSUNA PARTE DI QUESTO VOLUME PUÒ ESSERE RIPRODOTTA IN QUALSIASI FORMA A STAMPA, FOTOCOPIA, MICROFILM O ALTRI SISTEMI, SENZA IL PERMESSO SCRITTO DELL'EDITORE.

Indice

pag.

I

I Saggi 1

Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri
di *Roberto Bin* 3

I «padroni della legge». Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico
di *Pietro Costa* 14

Qualità della legislazione e sistema delle fonti
di *Alessandro Pizzorusso* 40

Le presidenziali americane del 2000 ovvero la deriva giudiziaria della democrazia rappresentativa
di *Antonio Zorzi Giustiniani* 54

pag.

II

I Fatti 107

La legge di tutela delle minoranze linguistiche: le prospettive ed i problemi ancora aperti
di *Elena Malfatti* 109

Del giudizio di ammissibilità del *referendum* come «processo» costituzionale (a proposito dell'intervento di terzi nel procedimento davanti alla Corte)
di *Alessandro Morelli* 142

La responsabilità del Capo dello Stato tra sovranità popolare, globalizzazione e cosmopolitismo
di *Fiammetta Salmoni* 182

III

Il Forum - Immigrazione e Costituzione 217

con interventi di *A. Casadonte, A. Chiappetti, M. Cuniberti, S. Senese, R. Tarchi* 219

pag.

IV

I Libri 283

P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999 285
Recensione di *A. Pisaneschi* 285
Replica dell'*Autore* 288

C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000 290
Recensione di *M. Luciani* 290
Replica dell'*Autore* 296

I

I SAGGI

Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri

di *Roberto Bin*

SOMMARIO: 1. I princìpi e la loro costituzionalizzazione. – 2. La leale cooperazione come «rovescio» della separazione dei poteri. – 3. La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La leale cooperazione e il giudizio «caso per caso». – 5. Conclusioni.

1. I princìpi e la loro costituzionalizzazione

Quando il legislatore italiano sapeva ancora come vanno scritte le disposizioni costituzionali, non c'era rischio che cedesse alla tentazione di immettervi riferimenti ai grandi princìpi elaborati dalla dottrina. Magari, essendo un organo politico, si mostrava indulgente con le norme programmatiche, frammento di un manifesto politico inserito nel contesto costituzionale, ma per il resto c'era grande sobrietà. Così la nostra Costituzione può vantarsi di non contenere riferimenti allo Stato di diritto, al principio di legalità, al principio di divisione dei poteri e, naturalmente, al principio di leale cooperazione: per non dire della sussidiarietà e dei suoi assi cartesiani.

Questi princìpi, come è giusto che sia, non sono proclamati, esibiti come medaglie sul petto, ma sono tradotti in istituti giuridici e in regole specifiche. Ed è proprio risalendo da questa traduzione che gli interpreti ricostruiscono istituti e regole e li riassumono sotto una comune etichetta, il principio. Potrei proporre un piccolo teorema: il legislatore ricorre all'enunciazione esplicita di un principio solo quando non sa tradurlo in norme operative. Si potrebbe aggiungere un corollario: il principio, quando è solo enunciato, sta in potenziale e necessario conflitto con le altre norme del medesimo testo, fatte per «implementare» non quel principio, ma gli altri princìpi, già consolidati. Si pensi, appunto, alla sussidiarietà e al suo inserimento nei recenti testi di riforma costituzionale.

Benché la Costituzione non vi accenni, è difficile credere che il nostro

ordinamento non sia ispirato al principio di legalità o a quello di divisione dei poteri; anche se si può ovviamente discutere a lungo sulla misura in cui essi siano stati concretizzati dal complesso delle disposizioni costituzionali e dalle leggi che le hanno attuate. Lo stesso vale, a me sembra, per il principio di cooperazione interorganica.

Noi, *a posteriori*, possiamo chiamare «principio di leale cooperazione» una norma generalissima che riassume le *rationes* di un esteso numero di disposizioni costituzionali e di leggi ordinarie. Non voglio iniziare il catalogo dall'istituto della fiducia parlamentare, perché esso è un tratto distintivo dell'intero sistema di governo parlamentare che non può essere spiegato riducendolo al solo principio di collaborazione. Ma penso, per esempio, al doppio legame che la controfirma ministeriale, da un lato, e il potere di emanazione (e di non emanazione) degli atti governativi, dall'altro, creano tra Presidente della Repubblica e Governo: quel rapporto di collaborazione costante e informale di cui scriveva Luigi Einaudi. Un'altra zona tipica di collaborazione, direi, necessaria sono i rapporti tra le due Camere [1]. Ma anche la promulgazione della legge è una proiezione della necessaria collaborazione tra il Presidente della Repubblica, le Camere e, in fondo, il Governo, chiamato alla controfirma. Proviamo a pensare cosa accadrebbe se il Governo, non volendo la legge, rifiutasse la controfirma sul decreto di promulgazione e se il Presidente, non volendo rinviare la legge, rifiutasse di firmare il messaggio. Oppure cosa accadrebbe se il Governo negasse la controfirma al decreto di scioglimento delle Camere che il Presidente ha firmato dopo il colloquio con i Presidenti delle stesse. Oppure se il Parlamento (o le supreme magistrature o il Presidente della Repubblica) lasciasse morire la Corte costituzionale, non nominandone i membri di propria competenza.

Si dirà: non c'è bisogno di tirare in ballo il principio di cooperazione per spiegare queste ipotesi; si tratta di casi emblematici di conflitti tra poteri dello Stato, della sottospecie dei conflitti «per interferenza» o «menomazione». Proprio qui sta il punto.

[1] L'argomento è oggetto di approfondita analisi da parte di D. Nocilla, *Autonomia, coordinamento e leale cooperazione tra i due rami di un Parlamento bicamerale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 935 ss.

2. La leale cooperazione come «rovescio» della separazione dei poteri

(I) tre poteri dovrebbero rimanere in stato di riposo. Ma siccome, per il necessario movimento delle cose, sono costretti ad andare avanti, saranno costretti ad andare avanti di concerto [2].

Non occorre scomodare i padri del pensiero politico per vedere se già nella teoria della separazione dei poteri c'era, almeno *in nuce*, il principio di leale cooperazione. I classici, per una volta, non hanno proprio nulla da dirci. Perché il principio di collaborazione esprime l'ovvia esigenza che i meccanismi della forma di governo funzionino con accettabile efficienza, esigenza che, sia o meno contemplata dalla teoria, s'impone con tutta evidenza nella pratica. Qualsiasi sia la forma di governo.

Non solo i sistemi parlamentari, basati su un rapporto stabile di collaborazione tra Governo e Parlamento, ma anche sistemi d'ispirazione «dualista», imperniati su una più netta separazione dei poteri, non possono non essere temperati dal principio di collaborazione. Nel sistema statunitense non mancano infatti situazioni che impongono la collaborazione tra i poteri. Si pensi all'«*advice and consent*» del Senato cui sono sottoposte centinaia di nomine presidenziali. Non a caso è uno dei temi più duramente dibattuti dalla letteratura americana, e non v'è posizione così purista nella difesa del principio di separazione dei poteri da negare l'esigenza che il sistema non si inceppi. Oppure s'immagini che il Presidente opponga sistematicamente il veto alle leggi approvate dal Congresso, senza neppure specificare i motivi, in modo che sia impossibile per il Congresso adeguare la legge. Strauss e Sunstein [3] indicano ipotesi di questo tipo per sottolineare il «dovere» [4] delle istituzioni «*to make the Constitution a workable scheme*»; del resto è normale rileggere il sistema costituzionale «dualista» come un sistema in cui *the institutional interplay* tra il potere legislativo e quello esecutivo domina il sistema di *checks and balances* [5]

---

[2] MONTESQUIEU, *L'esprit de lois*, I, lib. XI, cap. VI (tr. it. di B. Boffito Serra, Milano, 1989, p. 318).

[3] *On Truisms and Constitutional Obligations: A Response*, in 71 *Tex. L. Rev.*, pp. 669 ss., 671 s.

[4] Parla, per esempio, di «*constitutionally mandated institutional interplay between the branches of government*» J.M. DICKEY, *Judges As Legislators?: The Propriety of Judges Drafting Legislation*, in 29 *McGeorge L. Rev.*, p. 111 ss.

[5] T.O. MCGARITY, *Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking*, in 36 *Am. U.L. Rev.*, pp. 443 ss., 468.

(forma attenuata della pura e mitologica divisione dei poteri). L'*institutional interdependence*[6] sembra riassumere meglio della *functional independence* l'idea americana di proteggere la libertà attraverso la frammentazione del potere[7].

Anche nell'unico sistema presidenziale e dualista che abbia alle spalle una vita costituzionale abbastanza stabile da costituire un paragone significativo, anche lì dunque non è concepibile che gli organi costituzionali agiscano senza piegarsi al dovere di collaborare[8]. Per quanto la macchina e i suoi ingranaggi possano essere diversamente progettati, non funzionano mai senza lubrificante. Non vi sono sistemi di governo che si basano sulla collaborazione tra gli organi costituzionali e sistemi che invece la ignorano. Solo i «modellini» delle forme di governo – quelli per cui esiste una «forma di governo presidenziale» che astrae dal sistema statunitense, o una «forma di governo semipresidenziale» diversa da quella della V^a^ Repubblica – solo essi, impegnati a disegnare gli ingranaggi, ignorano la collaborazione interorganica, il grasso che quegli ingranaggi fa scorrere.

3. La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale

E allora, la Corte Costituzionale italiana ha «inventato» o «scoperto» il principio di collaborazione interorganica? Ne ha inventato solo il nome.

Come è noto, la Corte parla di «*rapporto di collaborazione*» tra diversi poteri dello Stato già nelle sent. n. 168 del 1963. Ne parla in termini «difensivi», essendo investita di una questione di legittimità costituzionale: la divisione dei poteri (nel caso la questione riguardava i rapporti tra C.S.M. e Ministro guardasigilli) «*non esclude … che, fra i due organi, nel rispetto delle competenze a ciascuno attribuite,* possa *sussistere un rapporto di collaborazione*»[9]. Il che significa che la *legge ordinaria*, prevedendo prassi di collaborazione tra poteri diversi, laddove gli interessi che essi hanno rispettivamente in cura parzialmente sormontino, non è illegittima sin quando la «collaborazione» non intacchi l'autonomia degli organi in questione.

---

[6] Ne parla, in una citatissima opinione concorrente, il giudice Jackson in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, p. 635: «*While the Constitution diffuses power … it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity*».

[7] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola, N.Y., 1988, p. 20.

[8] *Ibidem*, p. 19.

[9] Sent. n. 168 del 1963, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1644 ss., 1678.

È solo con il conflitto di attribuzioni che la *possibilità* di una collaborazione tra poteri diversi diventa *necessità*, e come tale *regola*, dei rapporti reciproci. Il passo chiave, ai nostri fini, si trova nella ben nota sent. n. 379 del 1992, che insiste ancora sul concerto tra C.S.M. e Ministro guardasigilli:

> *Sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della* correttezza *nei rapporti reciproci, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori … Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni* [10].

Questo passo rappresenta, a mio avviso, una felice enunciazione del «principio di leale cooperazione» ed anche la sua specificazione in una serie di *regole* specifiche, fraseggiate come divieti. E proprio coniugando il principio, la Corte ne mostra la natura profonda e quasi, in un certo senso, pre-giuridica. Il principio dice solo che i rapporti tra gli organi devono ispirarsi a «*correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti*» [11]. Come dire che il principio di leale collaborazione non è altro che lo stesso principio di separazione dei poteri: è la sua declinazione per i casi in cui i poteri divisi abbiano zone di contatto e interferenze reciproche. In questi casi il rispetto dell'altrui sfera di attribuzione si manifesta nel *modo* in cui un potere agisce nei rapporti con l'altro: e «lealtà e correttezza» sono un'endiadi che la Corte impiega per indicare la condotta doverosa e ispirata al rispetto, in quei casi, del principio di divisione dei poteri.

Come si vede, mentre il principio di separazione dei poteri acquista rilievo nei conflitti di attribuzione basati su *vindicatio*, l'altra sua faccia, il principio di leale cooperazione, entra in gioco nei conflitti per interferenza [12]. Infatti sono molti i ricorsi in cui è esplicito l'appello alla leale cooperazione [13]. Ma costituisce un parametro efficace, una guida utile per il giudizio?

---

[10] Sent. n. 379 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 2996 ss., 3015.

[11] È quanto affermato dalla sent. n. 110 del 1998 (in *Giur. cost.*, 1998, pp. 929 ss., 940) e ribadito dalle sentt. nn. 410 del 1998 e 487 del 2000 e dall'ord. n. 344 del 2000 a proposito del conflitto insorto tra autorità giudiziaria e il Governo per il segreto di Stato.

[12] Questa connessione è evidente alla dottrina: cfr. A. MENCARELLI, *Conflitto da menomazione, bilanciamento di interessi e principio di leale cooperazione tra autorità giudiziaria e Camere in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 438 ss.

[13] Si vedano, per esempio, l'ord. n. 131 del 1997 (sulla fissazione della data del referendum abrogativo), l'ord. n. 102 del 2000 («caso Previti»), l'ord. n. 178 del 2001 («caso Matacena»),

4. La leale cooperazione e il giudizio «caso per caso»

Né parametro né guida per il giudizio. Il principio di leale cooperazione, come altri princìpi costituzionali (quello di eguaglianza, per esempio) introduce un *tipo* di giudizio, che ha modalità sue proprie. Il giudizio introdotto dal principio di leale cooperazione si svolge in relazione al caso concreto, guarda al concreto comportamento delle parti nella specifica vicenda; un giudizio che «*non può mai prescindere dall'esatta ricostruzione del comportamento contestato, dei suoi presupposti, delle sue conseguenze*» [14]. Ciò che deve essere verificato è se le parti hanno agito con correttezza reciproca e se si è prodotto un «*corretto bilanciamento tra le opposte esigenze*» [15], ossia tra i compiti che i due poteri sono chiamati ad assolvere. Questo è il connotato tipico del «giudizio di leale cooperazione» che, come è evidente, deriva dalla stessa struttura del conflitto per interferenza, conflitto che ha un carattere necessariamente concreto, specie dove la Corte sia costretta a scendere all'esame del modo d'esercizio del potere [16].

Ma quando il giudice costituzionale s'impegna in un giudizio concreto, larghi settori della dottrina s'allarmano, quasi che la concretezza facesse perdere di vista il necessario parametro costituzionale e spingesse la Corte a giudicare «caso per caso», l'orlo dell'abisso: si pensi a come viene ancora accolto il ricorso al bilanciamento degli interessi nel giudizio di legittimità. Non c'è dubbio che tra il giudizio di leale cooperazione e il giudizio di bilanciamento degli interessi ci sia un certo isomorfismo, benché il secondo debba pur sempre svilupparsi in relazione all'astratta previsione della legge impugnata, mentre il primo è esplicitamente legato al caso di specie. Ma anche nel conflitto per interferenza l'astratta previsione della legge gioca un ruolo che ora conviene esaminare.

Capita con grande frequenza che la Corte, nell'affrontare il conflitto per interferenza, svolga il suo giudizio in stretta considerazione della disciplina dettata dal legislatore ordinario o persino della prassi. È un fatto ben noto [17] che può essere facilmente spiegato proprio in relazione alla concretezza del giudizio della Corte. Essa infatti giudica dell'assetto delle competenze come

---

la sent. n. 309 del 2000 (mancata costituzione in giudizio del Governo in un conflitto Stato-Regione in cui era coinvolta la Procura), la sent. n. 487 del 2000 (segreto di Stato).

[14] P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte*, Milano, 1999, p. 231.

[15] Così si esprime la «sentenza Previti» (sent. n. 225 del 2001).

[16] Cfr. P. Veronesi, *I poteri*, cit., pp. 105 ss. e 252 ss.

[17] Che ho approfondito in *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, p. 29 ss.

si è consolidato in concreto [18], perché *quello* è il contesto entro il quale si è compiuta la rottura denunciata. Naturalmente potrebbe esserci un contesto diverso (una diversa disciplina legislativa, per esempio), ma l'ipotesi, come è ovvio, non potrebbe entrare nel giudizio della Corte, perché si tradurrebbe in un'indebita intromissione nella funzione legislativa [19]; oppure il contesto può rivelarsi già di per sé sbilanciato, e in questo caso la Corte solleverebbe davanti a sé la questione di legittimità della legge ordinaria che lo ha previsto.

Insomma, ancora una volta il sindacato di legittimità e il conflitto di attribuzioni rivelano ampie zone di adiacenza. La sent. n. 403 del 1994 [20], per esempio, è tutta giocata sull'interpretazione delle norme ordinarie che regolano i procedimenti aventi ad oggetto i c.d. «reati ministeriali», per individuare la norma che regola *in astratto* i rapporti tra i soggetti in conflitto (collegio inquirente per i reati ministeriali e Camera dei Deputati), valutare se essa fissi un punto di bilanciamento accettabile tra le due esigenze in conflitto e quindi risolvere il conflitto. Ma è chiaro che il conflitto viene risolto attraverso un ragionamento che ha come premessa maggiore la norma di legge ordinaria, quale astratto bilanciamento delle esigenze espresse dai due «poteri» in conflitto, e come premessa minore il comportamento del soggetto chiamato in giudizio, comportamento che deve rappresentare una «leale» applicazione della norma stessa. Anche nella recente «sentenza Previti» [21] preliminare alla risoluzione del conflitto è la ricostruzione della normativa ordinaria che disciplina l'esercizio del potere giurisdizionale, perché il compito che la Corte si prefigge è valutare se il giudice, nell'applicazione delle comuni regole processuali sugli impedimenti a comparire, abbia debitamente tenuto conto anche degli interessi delle istituzioni parlamentari, operando il «*necessario bilanciamento*» tra esse [22].

---

[18] Così S. Grassi, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, pp. 362 ss., 384.

[19] Non mi sembra condivisibile perciò il rilievo di A. Cariola, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spoliticizzata*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 3044 ss., 3057, che intravede il rischio che la Corte, risolvendo il conflitto attraverso l'interpretazione congiunta di norme costituzionali e leggi ordinarie, produca la «pietrificazione» di queste ultime e le elevi ad un rango superiore a quello del «tipo» cui appartengono. La Corte non può ignorare l'assetto degli interessi fissato dal legislatore ordinario, purché esso non delinei un assetto sbilanciato, e perciò incostituzionale; ma certo questo non comporta né l'impossibilità che il legislatore muti l'assetto legislativo né che esso venga in seguito, in altro contesto, dichiarato illegittimo.

[20] In *Giur. cost.*, 1994, p. 3561 ss.

[21] Sent. n. 225 del 2001.

[22] G. Brunelli, *La sentenza Previti: una decisione «ritagliata» sul caso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*: http://www.mulino.it/html/riviste/quaderni_costituzionali.

D'altra parte, in uno Stato di diritto, l'esercizio del potere pubblico non può essere privo di una disciplina (almeno) legislativa. A parte i rari casi in cui già la Costituzione esprime regole compiute sull'esercizio delle funzioni (per esempio, il rinvio delle leggi da parte del Presidente della Repubblica), è evidente che le modalità con cui un soggetto pubblico opera devono essere in qualche modo disciplinate, perché lo impone il principio di legalità. Anzi, conflitto di attribuzione può sorgere se e solo se l'atto o il comportamento che origina il conflitto sia esente da vizi rispetto alla disciplina legale della funzione. A ben vedere, dunque, la «leale cooperazione» è un canone che regola il modo di applicare la regola legislativa, esattamente come lo sono tante altre clausole generali disseminate nell'ordinamento, come la buona fede, la diligenza del buon padre di famiglia, ecc. Essa si traduce nell'obbligo, da parte di chi esercita una funzione pubblica in base alle leggi che la regolano, di tenere presente le prerogative dell'altro «potere» con cui si trovasse occasionalmente ad interagire. Le regole che la Corte trae dal principio di leale cooperazione sono integrative delle regola fissate dal legislatore, e riguardano il modo con cui esse vanno applicate quando c'è interferenza tra poteri dello Stato. Come osservano i classici del costituzionalismo inglese, la condotta di un soggetto può essere «legale» e non essere «costituzionale», perché il diritto costituzionale è fatto anche di regole che non sono regole giuridiche in senso stretto, ma si pongono come «*rules of constitutional morality, or constitutional practice, the customs of the constitution, the conventions of the constitution, or again constitutional understandings*» [23]: a questo tipo di regole possono iscriversi probabilmente le regole che la Corte trae dal principio di leale cooperazione.

Ciò spiega perché sia assai più difficile che la Corte utilizzi il principio di leale cooperazione quando manchino regole da integrare. Mentre nei conflitti tra Stato e Regione la Corte ha sistematicamente fatto ricorso a sentenze additive con cui introdurre *ex novo* meccanismi procedurali di cooperazione (oltre a graduare l'intensità di quelli esistenti), altrettanto non sembra disposta a fare nei conflitti interorganici [24]. Così, per esempio, nella sent. n. 309 del 2000 [25] la Corte si trova di fronte al ricorso di un giudice contro il Governo che non si era costituito in un conflitto tra Stato e Regione che aveva ad oggetto un suo provvedimento: il giudice lamenta di non essere stato neppure sentito, e quindi una violazione del principio di leale cooperazione. La

[23] F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, p. 527, ma lo spunto è chiaramente tratto da Dicey.

[24] Cfr. C. Padula, *Indipendenza della magistratura, indipendenza del potere esecutivo e principio di «leale cooperazione»: un bilanciamento mancato*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 2339 ss., 2340 s.

[25] In *Giur. cost.*, 2000, p. 2332 ss.

Corte riconosce le ragioni del ricorrente ma, considerato che «*nella configurazione attuale di tali conflitti*» non è previsto alcun limite procedurale o sostanziale all'autonoma determinazione del Governo, ritiene di non poter introdurre, in via interpretativa, un complesso di regole procedurali del tutto nuovo. Manca, si potrebbe dire, il *tertium comparationis*.

Il fatto è che il giudizio di leale cooperazione ha forti analogie con il giudizio di ragionevolezza, di cui forse non è che una sottospecie [26]: ed è probabile che gli stilemi elaborati dalla massiccia giurisprudenza che si è formata sul primo esercitino una forte suggestione nella ricerca degli argomenti con cui strutturare il secondo [27]. Ma non mi sembra affatto sbagliato che la Corte si attenga con particolare rigore ad un atteggiamento di *self restraint* nel creare regole nuove, coprendo spazi normativi del tutto vuoti su cui si affacciano i «poteri dello Stato» [28] senza poter giustificare il suo operato con la rassicurante metafora delle «rime obbligate». Certo avrebbe potuto impugnare davanti a se stessa la legge n. 87 del 1953, e dichiararne l'illegittimità «nella parte in cui» non si prevedono regole di «leale cooperazione» nei conflitti intersoggettivi, ecc. [29]. Ma – a parte l'impatto di una dichiarazione di illegittimità che tocca la stessa disciplina legislativa della Corte – dove avrebbe trovato le «rime» da completare per scrivere le nuove regole? Nel principio di leale cooperazione? La leale cooperazione è il grasso indispensabile a far girare gli ingranaggi: ma con il grasso non si possono costruire ingranaggi nuovi.

5. Conclusioni

Riassumendo:

a) il principio di leale cooperazione non è che il rovescio del principio di separazione dei poteri. È tanto fondato in costituzione quanto lo può essere l'esigenza che la macchina istituzionale, attentamente progettata in alcuni suoi particolari, alla fine funzioni come un complesso efficiente. E una questione di buon senso, anzitutto, percepita in qualsiasi sistema costituzionale. La Corte ne ha inventato solo il nome: «correttezza», «rispetto reciproco» e,

---

[26] Cfr. R. Bin, *L'ultima fortezza*, cit., p. 124.

[27] Per un accenno, cfr. A. Cariola, *A proposito*, cit., p. 3057.

[28] Di contrario avviso è invece C. Padula, *Indipendenza*, cit., p. 2343.

[29] È quanto suggerisce C. Padula, *Indipendenza*, cit., p. 2341.

guardando dall'angolatura del risultato, «bilanciamento tra le opposte esigenze» esprimono altrettanto bene il concetto;

b) il principio di leale cooperazione aggiunge una postilla alla regola che disciplina l'esercizio di una pubblica funzione: il soggetto agente deve applicarla tenendo in debito conto le esigenze e le prerogative degli altri soggetti, configurabili come «poteri delle Stato», con cui occasionalmente si trovi ad interferire, così come la condotta degli altri soggetti deve tenere in debito conto le prerogative costituzionali del soggetto agente;

c) il giudizio di leale cooperazione affonda il proprio esame sempre nel concreto, perché è necessario saggiare atteggiamenti e comportamenti reciproci delle parti in conflitto. Introduce un giudizio sul comportamento che le parti contendenti hanno di fatto reciprocamente adottato: valuta se i soggetti agenti nel caso concreto abbiano tenuto una condotta rispettosa delle istanze e prerogative proprie della parte avversa. Gli elementi comuni con il giudizio di bilanciamento degli interessi e, più in generale, con il giudizio di ragionevolezza sono del tutto evidenti. Si potrebbe dire che il giudizio di leale cooperazione è il giudizio di bilanciamento degli interessi applicato ai conflitti di attribuzione «per interferenza»;

d) la particolare delicatezza dei conflitti che vengono risolti in nome della leale cooperazione impone alla Corte di adottare una condotta più prudente di quella impiegata nei normali giudizi di ragionevolezza. Il compito della Corte è di imporre la legalità costituzionale anche ai comportamenti degli organi politici. Se la Corte impone regole che non hanno un fondamento positivo (quanto meno del tipo «rime obbligate»), avremmo che il difensore delle regole giuridiche è anche produttore delle stesse: sarebbe difendibile la sua legittimazione agli occhi del «politico»?

In conclusione, il principio di leale cooperazione si presta poco ad una ricostruzione dommatica. Vano sarebbe cercarne il fondamento costituzionale, perché esso affonda in strati più profondi dello stesso edificio costituzionale; vana sarebbe la ricerca di una definizione dei suoi contenuti che vada al di là di quell'obbligo di correttezza reciproca, quanto alle procedure, e al bilanciato assetto delle esigenze dei diversi soggetti istituzionali, quanto all'obiettivo. Come per altri «princìpi» che dominano ampi settori della giurisprudenza costituzionale – la ragionevolezza né è l'archetipo [30] – la domanda a cui rispondere non è tanto «che cos'è?» ma «a cosa serve?». È compren-

[30] Ad una sua analisi «destrutturante» ho dedicato il saggio *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, (Relazione al Convegno «*La ragionevolezza nel diritto*», Catanzaro, 1 dicembre 2000), in corso di stampa negli atti del Convegno, ma che si può leggere alla pagina http://space.tin.it/scienza/binro/ragionevolezza.htm.

sibile perciò che la riposta a tale domanda si articoli di solito in un'accurata tassonomia dei casi giurisprudenziali.

Purtroppo però l'analisi capillare delle pronunce della Corte – e ancora una volta penso alla ragionevolezza e agli studi ad essa dedicati – ha di solito un esito mortificante, perché sembra ardua la ricostruzione di modalità unitarie di giudizio, di strutture argomentative comuni munite di sufficiente solidità. Da cui la deprimente conclusione che la giurisprudenza della Corte Costituzionale procede caso per caso, tra scarse continuità e vistose discontinuità, che le valutazioni di opportunità prevalgono sull'applicazione di standard di giudizio consolidati. Perciò, quasi inevitabile, riaffiora la questione della legittimazione della Corte.

Chiedersi a cosa serva un principio come la leale cooperazione comporta però qualcosa di più dell'analisi degli usi argomentativi di tale principio nelle varie sentenze. Se è vero che princìpi di questo genere non esprimono nulla di nuovo, ma danno un nome ed un volto normativo ad esigenze che stanno nello strato più profondo delle fondamenta su cui di eleva l'edificio costituzionale, è laggiù che bisogna scendere. Per risalire con delle ipotesi che gettino luce su aspetti teorici assai più lontani: a cosa serva la costituzione rigida, a cosa serva la Corte Costituzionale, a cosa servano i singoli strumenti con cui essa opera.

I «padroni della legge». Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico

di *Pietro Costa*

SOMMARIO: 1. Cenno preliminare. – 2. Legge e interpretazione. – 3. Legge e libertà. – 4. L'illuminismo giuridico e la sua problematica eredità.

1. Cenno preliminare

Che la legge occupi una posizione privilegiata nella visione politico-giuridica dell'illuminismo è una convinzione che ogni giurista, credo, è pronto a condividere senza difficoltà: molteplici e diversificate tradizioni otto-novecentesche insistono infatti nell'indicare nell'illuminismo la matrice di quell'assoluta supremazia della legge che la «modernità» giuridica eredita e presenta come l'elemento caratterizzante del proprio paradigma. Tornare a riflettere sul nesso «illuminismo-legislazione» potrebbe quindi apparire doppiamente superfluo, per un verso in quanto, sul terreno propriamente storiografico, il tema è stato ampiamente affrontato in contributi di carattere generale come in analisi ravvicinate di autori e di temi specifici [1], mentre, per un altro verso, la connessione storico-teorica fra il primato della legge e alcuni princìpi e tecniche caratteristici della civiltà giuridica «moderna» (la divisione dei poteri, la certezza del diritto, lo strumento «codice») sembra tanto assodata quanto univocamente riconducibile alle sue matrici settecentesche.

[1] Valgano, come riferimenti obbligati per la storiografia giuridica italiana, i lavori di G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Giuffrè, Milano, 1965; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I., Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; R. AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli, 1976; P. COMANDUCCI, *L'Illuminismo giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1978.

Se poi ritenessimo comunque opportuno tornare ad affrontare entrambi i profili del problema, se volessimo cioè interrogare di nuovo intorno al tema della legge i grandi testi dei riformatori settecenteschi, convinti dell'inesauribile fecondità dei «classici», e nello stesso tempo ci proponessimo di indagare sulla «fortuna» dell'illuminismo nelle tradizioni giuridiche otto-novecentesche (sul modo in cui la cultura giuridica degli ultimi due secoli, nelle sue molteplici e contraddittorie tradizioni, ha riflettuto sulle sue matrici illuministiche), dovremmo prepararci a svolgere un'indagine di grande respiro ed impegno, che non può ovviamente contenersi nelle brevi pagine di un saggio.

Mi limiterò quindi a proporre, tanto per il primo quanto per il secondo fronte problematico, soltanto un indice ragionato di temi che possa servire non a risolvere ma ad impostare, a rendere più articolata e concreta, la domanda sul nesso storico-teorico «illuminismo-legislazione».

2. Legge e interpretazione

La riflessione che nel corso del Settecento (in Italia, in Francia) viene svolgendosi intorno al tema della legge non ha un carattere «gratuito», disinteressato e contemplativo: nasce da inquietudini e insoddisfazioni che investono prima l'amministrazione della giustizia e la prassi giuridica per coinvolgere poi l'organizzazione dei poteri e l'assetto politico-sociale nel suo complesso, in un concerto di voci fortemente «individualizzate» e dissonanti fra loro, tanto da rendere problematico qualsiasi tentativo di generalizzazione. È però diffuso un *cahier de doléances* che trova un'espressione esemplare nel muratoriano *Dei difetti della giurisprudenza*.

Il punto dolente per Muratori è la dilagante varietà delle opinioni dei *doctores iuris*: in un imponente, plurisecolare processo si è sviluppata intorno alle *leges* giustinianee una *interpretatio* dottrinale che si è gradualmente sovrapposta al testo normativo, lo ha oscurato anziché illuminarlo svolgendo nei suoi confronti una modesta funzione strumentale, per proporsi infine come un gigantesco repertorio di argomenti che legulei venali e disinvolti riescono a piegare alle più diverse e contraddittorie destinazioni.

L'insoddisfazione nei confronti del sapere giuridico dominante è diffusa e ricorrente, ma in Muratori non si traduce in atteggiamenti radicali e iconoclasti. Muratori è un realista, consapevole dell'inevitabile complessità cui l'applicazione della norma va incontro: non arriva a sostenere, come gli «antichi favoleggiatori», che la giustizia è volata in cielo, continua a crederla «tuttavia in terra», ma la ritiene comunque «involta in molte tenebre, a rischiarar le quali non rade volte né pur giungono i veri amatori e cercatori della giusti-

zia». Le difficoltà non attengono alla definizione dei princìpi: le leggi di natura, «le leggi primarie del giusto e dell'ingiusto», sono princìpi universali facilmente comprensibili e definibili, che si riflettono di regola nelle legislazioni positive. I problemi nascono nel momento in cui la norma si trova a fronteggiare i casi particolari, la varietà dei contesti, l'imprevedibilità di circostanze «di sì grande attività, che quello che dianzi era giusto può divenire ingiusto e vizioso e ciò che era ingiusto e cattivo, può cessare d'esser tale»[2].

La pessimistica, o realistica, convinzione dell'insuperabile incertezza immanente al processo di applicazione del diritto non impedisce comunque a Muratori di avanzare proposte capaci a suo avviso di contenere i «difetti» della giurisprudenza.

Occorre in primo luogo disporre di leggi omogenee e non contraddittorie e tali non possono certo dirsi le leggi di Giustiniano: Muratori, a differenza di altri, più radicali, «riformatori», non le attacca frontalmente e si unisce «colla repubblica legale» nell'omaggio di rito protestandole «degne di gran venerazione», ma nemmeno si esime dal denunciare la disomogeneità del *Corpus Iuris*, le sue interne contraddizioni, la superfluità di alcune sue parti. Sembrerebbe allora ragionevole ed auspicabile «che i prìncipi facessero comporre un esattissimo e chiaro estratto e compendio metodico di tutte le leggi di Giustiniano, convenevoli all'uso de' nostri tempi, risecando le superflue, le riprovate e le contrarie […]»[3].

Se dunque nell'agenda muratoriana una prima misura è un intervento di razionalizzazione del principale apparato normativo esistente (e si suggerisce non tanto un distacco traumatico dal *Corpus Iuris* quanto una sua riproposizione emendata e tirata e lucido), una seconda misura persegue un obiettivo analogo sul terreno della *interpretatio*: il principe darà incarico ai migliori giuristi di individuare le più intricate ed importanti *quaestiones disputatae*, esaminare le diverse soluzioni proposte e scegliere infine quelle più conformi «alle leggi di Giustiniano oppure ai principii del gius di natura e delle genti» e confortate da una prevalente applicazione nei tribunali e nella «Ruota romana»; e saranno appunto queste soluzioni a divenire «per determinazione del principe» «legge per l'avvenire», pur con i debiti adattamenti dovuti al rispetto degli statuti e delle consuetudini locali[4].

È un intervento del principe sul corpo della legislazione esistente e della tradizione giuridica che dunque Muratori auspica: una razionalizzazione dell'ordine giuridico che non può non assumere la forma di un nuovo corpo di

---

[2] L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milano, 1958, pp. 66-68.

[3] *Ivi*, p. 100.

[4] *Ivi*, pp. 122-123.

leggi, dovuto all'iniziativa di un principe disposto a rinnovare al presente l'antico esempio di Giustiniano [5].

La lezione di Giustiniano potrebbe peraltro essere seguita anche in un'altra direzione: nel porre un freno al dilagare delle interpretazioni per mettere di nuovo al centro il testo normativo. Per Muratori l'incertezza dilagante nella prassi giuridica, se in qualche misura appare legata allo iato che separa la previsione generale e astratta della norma dalla non dominabile varietà dei casi concreti, è però accentuata ed esasperata non solo dalle antinomie delle norme vigenti, ma anche e soprattutto dalla loro eclissi, dalla superfetazione dell'interpretazione. L'invito a razionalizzare l'ordinamento giuridico con appositi interventi legislativi potrebbe allora coniugarsi con l'esigenza di ripristinare la centralità del testo normativo; «il primo rimedio» potrebbe allora sembrare quello già raccomandato da Giustiniano e modernamente adottato da Vittorio Amedeo II: riserbare cioè «tutto lo studio degli avvocati e giurisdicenti al solo testo delle leggi, con bandire la sterminata folla di tutti i suoi interpreti, trattatisti e consulenti» [6]. Il processo di interpretazione e di applicazione delle leggi non coinciderebbe allora con la contrapposizione di opposte *auctoritates* ma si tradurrebbe in un'analisi ravvicinata dei testi normativi e in un confronto fra argomenti razionali: «la ragione infatti dovrebbe essere quella che movesse i giudici a sentenziar più in una, che in altra maniera, e non già il citar filze di autori […]». In realtà, Muratori è di nuovo prudente, non assume un atteggiamento liquidatorio nei confronti della tradizione di *ius commune*, diffida di una ragione «nuda», che, priva dell'appoggio e dei vincoli della tradizione, è esposta, non meno o forse più della ragione «tecnicizzata dei causidici», ad un uso arbitrario e strumentale da parte dei giudici [7].

Sono appunto l'incertezza della prassi e l'arbitrarietà della decisione giudiziale i difetti capitali di una giurisprudenza che non può trovare dal suo interno una soddisfacente via di uscita e rende quindi inevitabile un intervento *ex alto*: l'intervento del principe, l'intervento di un potere che, a differenza del giudice, è lontano dal gioco delle parti e degli interessi contrapposti, è libero da condizionamenti, guarda soltanto alla «pubblica utilità» e può di conseguenza spezzare con la spada della legge il nodo gordiano che unisce inestricabilmente l'irriducibile molteplicità delle interpretazioni con l'arbitrio (troppo spesso «interessato») del giudice [8]. Occorre insomma «che i prìn-

[5] *Ivi*, pp. 127-128.

[6] *Ivi*, p. 111.

[7] *Ivi*, pp. 115-117.

[8] *Ivi*, pp. 246-247.

cipi mettano la falce alle radici, troncando, per quanto mai possano, le controversie ed inviolabilmente ordinando con leggi e statuti nuovi, quello che in avvenire avrà da osservarsi nei tribunali della giustizia» [9].

Certo, Muratori non si attende nessun risultato miracolistico. Non solo l'intera materia contrattuale è inevitabilmente sospesa alla decifrazione delle intenzioni dei contraenti, e quindi all'incertezza ed arbitrarietà derivanti da un siffatto processo interpretativo, ma resta, in generale, insuperabile la difficoltà di fondo: il carattere astratto e generale della norma e la sua incapacità ad «inseguire» i casi sempre nuovi e diversi. La stessa proliferazione dell'*interpretatio*, pur deprecata nei suoi esiti finali, è acutamente ricondotta da Muratori al carattere «statico» della norma di contro alla varietà dei casi e alla mutevolezza delle circostanze: «non poté Giustiniano preveder tutti i casi sottoposti a liti, né risolvere tutti i dubbi, risultanti dalle diverse circostanze e dalle innumerabili azioni e volontà degli uomini. Son venute migliaia d'altri Ulpiani, Papiniani, Triboniani dopo il secolo XI, che han prestato questo rilevante soccorso alla giurisprudenza […]» [10]. Corrispettivamente, la nuova, auspicata legislazione è immaginata da Muratori non come una rottura clamorosa della tradizione, non come un codice insofferente delle varietà locali, ma come la determinazione autoritativa di quelle opinioni comuni che si trovino «canonizzate nei più rinomati tribunali dell'Europa letterata e adattate all'uso e alle consuetudini dei diversi paesi» [11].

Muratori non spera di sbarazzarsi una volta per tutte dell'incertezza che insidia costitutivamente la prassi giuridica, non pensa di poter sottrarre la giurisprudenza al dominio dell'opinione: non crede insomma che l'intervento del principe serva a mettere in parentesi l'interpretazione e a rendere possibile la perfetta trasparenza della decisione giudiziale. «Sia per la difficoltà di conoscere il vero e l'equo, nonché per la troppa varietà dei casi singoli, che il più delle volte è arduo di inquadrare nell'ambito della legge universale», la giurisprudenza resta aperta alla divergenza delle opinioni e ai conflitti: la legge, i princìpi generali, producono effetti soltanto attraverso la mediazione di una «virtù», la «Prudenza», che trascende la mera «scienza del diritto», l'astratta conoscenza delle norme, e coincide con la capacità di «discernere, con acume, quale legge si debba applicare effettivamente in ogni singolare evenienza […]» [12].

---

[9] *Ivi*, p. 248.

[10] *Ivi*, p. 102.

[11] *Ivi*, p. 249.

[12] L.A. Muratori, *De codice carolino sive de novo legum codice instituendo*, in L.A. Muratori, *Scritti politici postumi*, a cura di B. Donati, Zanichelli, Bologna, 1950, p. 18 (tr. it., pp. 120-121).

La legge non ha per Muratori un valore taumaturgico nei confronti dei «difetti della giurisprudenza»: essa però gli appare comunque il perno di un intervento riformatore che, senza indulgere ad aspettative palingenetiche e miracolistiche, mira a ridurre il tasso di incertezza e di arbitrarietà che affligge la prassi giurisprudenziale dell'Europa settecentesca.

Al centro della visione muratoriana della legge si delinea dunque un nesso tematico di carattere disgiuntivo che resterà al centro del dibattito giuridico in tutto il «Settecento riformatore»: la legge contro l'arbitrio, la certezza contro l'incertezza. Nel prudente Muratori l'opposizione non è assoluta ma relativa e incoativa: se l'incertezza è ineliminabile, se l'arbitrarietà tende a risorgere sempre dalle ceneri, è comunque la legge lo strumento capace di diminuirne l'estensione e l'incidenza.

Legge ed arbitrio sono dunque grandezze connesse ed opposte, la cui congiunzione implica però il rinvio a piani o livelli di esistenza diversi: l'arbitrarietà e l'incertezza sono i tratti caratteristici dell'attuale esperienza giuridica, mentre la legge può svolgere la sua funzione solo postulando uno scarto rispetto al presente. L'apparato normativo concretamente esistente (il *Corpus Iuris*, innanzitutto), se non è attaccato in radice da Muratori, è comunque denunciato come inadempiente nei confronti di quella che dovrebbe essere la sua precipua destinazione: quale che sia il giudizio sui suoi contenuti, appare ormai insufficiente la sua capacità di assolvere alla funzione direttiva e chiarificatrice della legge. A contrastare efficacemente l'arbitrarietà delle decisioni, la proliferazione delle liti, l'incertezza delle opinioni serve dunque non la legge esistente ma la legge futura, una legge diversa in quanto messa di nuovo in grado di assolvere alla sua funzione primaria. La legge si presenta allora, insieme, come l'oggetto della riforma e come la leva principale della riforma stessa.

Legge ed arbitrio; legge e riforma: due nessi tematici (il primo di carattere disgiuntivo, il secondo di carattere congiuntivo) che costituiscono due snodi fondamentali della riflessione illuministica, pur assumendo valenze e producendo conseguenze diverse a seconda dei contesti e degli autori. In Muratori l'esigenza riformatrice si soddisfa attribuendo alla legge il compito di razionalizzare un sistema giuridico e sociale i cui fondamenti non sembrano messi in discussione. La legge è oggetto e veicolo di una riforma la cui destinazione di senso è un più efficiente ed ordinato governo della società. La legge è essenzialmente una tecnica di governo: per il «perfetto governo dello Stato sono anzitutto due i mezzi che si richiedono, entrambi da adibirsi a freno degli uomini: vuol dirsi, le Armi e le Leggi», le prime rivolte contro i «nemici esterni», le seconde impiegate per «dar ordine alle civili azioni degli uomini» e alla società politica, «la quale, priva di tal disciplina, tosto andrebbe in rovina» [13].

[13] *Ivi*, p. 7 (tr. it., p. 111).

In quanto strumento di governo, la legge (la «nuova» legge, la legge riformata, la legge ricondotta cioè alla sua fisiologica funzione direttiva) si propone non come il tramite di una nuova società, ma come il necessario correttivo delle disfunzioni che affliggono l'attuale sistema. Proprio per questo la legge rinnovata non pretende di cancellare il sapere giuridico consolidato, non aspira a sovvertire la prassi giuridica, non suggerisce un atteggiamento liquidatorio nei confronti delle *leges* giustinianee e soprattutto si mostra preoccupata di rispettare e valorizzare le varietà locali, la diversità e le autonome tradizioni dei diversi Stati.

Muratori è un cauto consigliere del principe, come peraltro molti *philosophes* sono od aspirano ad essere: mutano però volta a volta le aspettative nei confronti del sovrano e, soprattutto nella seconda metà del secolo, si sviluppano discorsi che fanno della legge il perno di un discorso riformatore che va molto al di là di quella cauta razionalizzazione del sistema giuridico suggerita dall'erudito modenese.

Poco più di vent'anni separa il *Dei difetti della giurisprudenza* dai brillanti e corrosivi articoli di quella rivista milanese, «Il Caffè», che, memore dell'esempio dello «Spectator» addisoniano, si propone come organo (insieme) di formazione ed espressione di una opinione pubblica «illuminata». Nei «fogli» del «Caffè» l'attenzione al diritto è tutt'altro che marginale e l'attacco alla tradizione è aperto ed acre. Ad essere preso di mira è innanzitutto il fondamento normativo del sistema dello *ius commune*, il *Corpus Iuris*: «io non sono al certo del parere – scrive Alessandro Verri – di quegli che risguardano le leggi giustinianee con una stupida venerazione […]»; la compilazione di Giustiniano è un «ammasso di leggi», un «monumento d'una grand'opera mal eseguita», che può paragonarsi alle rovine d'un grande ed informe palazzo». L'errore capitale dell'imperatore è aver voluto raccogliere nelle *Pandette* una congerie di frammenti, una casistica giurisprudenziale, anziché fissare un insieme organico di princìpi generali, suscettibili di essere applicati ad una serie aperta di casi particolari [14].

Il disordine dell'attuale prassi giuridica trova quindi una sua prima causa nel disordine della legislazione: nel dipendere da un apparato normativo che non solo è legato ad un'epoca ormai tramontata da secoli, ma è privo di interna coerenza perché è nato come una semplice raccolta di materiali eterogenei. La giurisprudenza che si è sviluppata negli ultimi secoli ha tentato di colmare le lacune della legislazione appoggiandosi alla regola della *opinio communis*, facendo leva sui precedenti giudiziari, ma è stato un rimedio peggiore del

[14] [A. Verri], *Di Giustiniano, e delle sue leggi*, in S. Romagnoli (a cura di), *Il Caffè, ossia brevi e vari discorsi distribuiti in fogli periodici*, Feltrinelli, Milano, 1960, pp. 129-136.

male [15], perché non ha fatto che aggravare il vizio capitale della pratica giuridica: l'«incertezza del diritto» [16].

Alessandro Verri, non diversamente da Muratori, individua nella paralizzante «indecidibilità» delle liti giudiziarie, nell'incertezza della prassi giuridica, il vizio principale del sistema, ma è più netto ed intransigente nell'opporre l'uno all'altro i termini canonici dell'esperienza giuridica: legge e interpretazione, legge e sapere giuridico, legge ed equità. La tensione fra l'astrattezza della norma generale e la peculiarità dei casi tende a risolversi privilegiando il rigore della legge su una sua flessibile adeguazione alla realtà. Lasciare allo «spontaneo» processo della prassi il compito di adattare una legislazione invecchiata e lacunosa ad una realtà in movimento conduce inevitabilmente all'incertezza del diritto, alla ridda degli interessi contrastanti, al predominio del ceto forense. Occorre invece far leva sulla legge: non si può però ricorrere ad una semplice razionalizzazione della legge romana, compromessa alla radice e irriformabile a causa della sua arcaicità, lacunosità ed incoerenza, ma occorre metter mano ad una legislazione interamente nuova.

Un vizio radicale esige un rimedio altrettanto radicale. «Non si tratta di un sistema, il di cui fondo sia buono, ma che vi siano sovrimposti dei difetti: si tratta di un totale disordine», di una assenza di «certezza nelle leggi», dal momento che manca «un codice» e disponiamo soltanto di «venti mila volumi di quistioni»[17]. Non servono riforme parziali: servono norme di carattere generale, fra loro coerenti, prive di ridondanze, capaci di metter fine all'incontrastato dominio dell'interpretazione e dell'equità. «Il sostituire alle questioni le leggi, alla interpretazione la inimitabil loro chiarezza, ai dubbi gli assiomi, alla molteplicità la concisione, alle particolarità le universalità, ai dettagli la vastità delle vedute, sono le sole, e vere, riforme da farsi» [18].

Equità e interpretazione sono il dominio della probabilità e dell'incertezza: sono il trionfo del caso singolo, l'eccezione che diviene norma e fa «esplodere» un sistema che non ha più punti fermi e prevedibili regolarità. Opporre l'ordine al disordine significa dunque ritrovare la «inesorabile universalità» della legge e accettare che essa, in quanto «inesorabile», possa essere «dura talvolta»: l'eventuale sacrificio del singolo interesse colpito è un male minore rispetto all'avvilimento della legge e alla sconfessione della sua portata generale. Fra l'universalità della legge e la singolarità del caso non possono darsi mediazioni e il tradizionale «termine medio» – l'equità – è semplicemente

---

[15] [A. Verri], *Ragionamenti sulle leggi civili*, in *Il Caffè*, cit., pp. 400-405.

[16] *Ivi*, p. 399.

[17] *Ivi*, p. 415.

[18] *Ivi*, p. 416.

uno dei principali veicoli del presente disordine: l'equità «vuol sempre dire arbitrio, ed arbitrio vuol dire nessuna legge»[19].

La tensione, che già Muratori avvertiva acutamente, fra legge e caso, fra legislatore e giudice, fra norma e interpretazione, viene risolta a vantaggio dei primi termini del rapporto ed esige una riforma radicale: «non v'è a mio parere – dichiara Alessandro Verri – riforma parziale che basti»; non servono interventi interni ad un sistema consegnato nelle mani del ceto forense, degli avvocati, dei giudici, finché non se ne capovolge la logica, «finché col favore istesso delle leggi il giudice, che dovrebb'essere il loro esecutore, potrà divenir legislatore in ogni sentenza: finché ei sarà padrone anziché servo delle leggi […]»[20].

Si tocca con mano, nelle parole di Verri, una delle grandi connessioni tematiche che danno alla visione illuministica della legge la sua peculiare inflessione. La valorizzazione della legge (la ridefinizione delle sue caratteristiche qualitative, la determinazione delle sue funzioni) trae senso dal nesso di complementarità che la lega alla riformulazione del ruolo del giudice e dell'interprete. Se l'incertezza del diritto è legata alla deriva infinita delle interpretazioni e questa a sua volta è resa possibile dalle reticenze, contraddizioni, inadeguatezze della legge, la riforma del sistema giuridico coincide con una trasformazione qualitativa della legge (la legge sobria, chiara, coerente, generale, inderogabile) che pone ai margini o tendenzialmente azzera l'interpretazione.

Con apparente paradosso, i riformatori «radicali» alla Verri sono perfettamente consapevoli della valenza (che un teorico otto-novecentesco chiamerebbe) «creativa» dell'interpretazione: l'interpretazione infinita in cui si sostanzia il sistema giuridico precodicistico appare a tutti loro un processo produttivo di norme e proprio per questo l'*interpretatio* del giudice o del *doctor iuris* deve essere, a loro avviso, interdetta e bloccata. È dalla produttività normativa dell'interpretazione che scaturisce l'incertezza del diritto: l'interpretazione *è* creativa, ma *non deve* esserlo, perché è dalla confusione fra legge e sentenza, fra legislatore e giudice che nasce il disordine del sistema. Solo se norma e interpretazione, posizione e applicazione della norma appartengono a piani nettamente distinti cessano il disordine e l'arbitrio.

È a questo punto che interviene un ulteriore, e complementare, nesso tematico: il nesso disgiuntivo legge/interpretazione impone di tracciare una netta e invalicabile linea divisoria fra il legislatore e il giudice. Se legislatore è il sovrano – e che la legge sia l'espressione tipica della sovranità è un princi-

[19] *Ivi*, p. 414.

[20] *Ivi*, p. 415.

pio che gli illuministi possono raccogliere da una tradizione che risale a Bodin ma trova in lui più un fondamentale tramite che un punto di origine – il giudice non può essere a sua volta legislatore; ma tale egli diventa se è lasciato libero di interpretare la legge. Interpretare infatti significa, come scrive Pietro Verri, «sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge», «significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice, che si arroga il giudice» [21].

L'invadenza del giudice non è però immotivata; nasce dalle carenze della legislazione, in due situazioni tipiche: quando il giudice si trova di fronte ad un caso non previsto e quando egli dispone non di una ma di più norme applicabili al caso, diverse e fra loro contraddittorie. L'interpretazione «creativa» nasce da una sorta di supplenza che il giudice esercita in conseguenza delle inadempienze del legislatore e viceversa una legge qualitativamente ben costruita è in grado di ridurre al minimo o di azzerare il momento dell'interpretazione. L'apparato normativo deve essere quindi in primo luogo omogeneo e coerente, per evitare che l'interprete possa scegliere a suo arbitrio fra norme contraddittorie e deve, in secondo luogo, procedere ad una accurata e sistematica definizione delle classi di azioni che intende regolare. Certo, non è possibile escludere che alcune azioni sfuggano alle previsioni del codice: dovremo accettare allora l'inconveniente di un'azione non punibile e di un interesse non protetto; se però la legislazione è ben fatta, questi inconvenienti saranno rari e saranno comunque un male di gran lunga minore del disordine caratteristico del sistema attuale [22].

Legge *vs.* interpretazione, dunque: la legge come tramite di un ordine che il carattere arbitrario dell'interpretazione e il potere incontrollabile dei giudici mettono in scacco; è questo il tema che si ripropone con gli stessi accenti nella Milano dell'Accademia dei Pugni e dei fratelli Verri così come nella Napoli di Gaetano Filangieri. Proprio il giovanissimo Filangieri, nel '74, presenta con entusiasmo una legge, promossa da Tanucci, che imponeva ai giudici del Regno di motivare le sentenze, di attenersi alla legislazione vigente e non alle opinioni della dottrina e di rinviare al re la decisione quando il caso sembrasse normativamente non previsto [23].

Le aspettative e le idiosincrasie di Filangieri si inquadrano perfettamente

---

[21] P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, cit., p. 487.

[22] *Ivi*, pp. 487-488.

[23] Cfr. le osservazioni di N. Ajello, *Il tempo storico delle «Riflessioni»*, in G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Bibliopolis, Napoli, 1982, pp. II-XI. Sugli effetti e la recezione della riforma cfr. M. Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, Napoli, 2000.

in quel nesso disgiuntivo fra legge e interpretazione di cui le pagine dei fratelli Verri hanno offerto un efficace esempio.

Per Filangieri la legge di recente varata è una diga contro il potere eccessivo dei giudici: «l'arbitrio giudiziario, è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' Maggistrati tutto quello, che li rende superiori alle leggi» [24]. Imporre ai giudici la motivazione della sentenza serve a rendere controllabile un processo decisionale che è legittimo solo in quanto ricalca ed applica fedelmente la prescrizione legislativa: la legge si contrappone all'arbitrio e solo se l'interpretazione è «litterale» e non «arbitraria», solo cioè se l'interpretazione non estende «creativamente» la sfera intenzionale della legge («perché cosa è arbitrare, se non dispensare, o almeno modificare quello, che la legge ordina?»), il potere dei giudici cessa di essere un elemento di perturbazione di un ordine «razionale».

Dopo l'interpretazione «creativa» (o «arbitraria»), anche per Filangieri il secondo nemico da sconfiggere è l'equità. Legittimare il giudizio equitativo in base alla necessità di temperare l'astrattezza della norma adattandola alle peculiarità dei casi sempre vari e diversi è un argomento specioso, che non riesce a superare l'obiezione fondamentale: che cioè l'equità opera come «una bilancia particolare, ed un peso proprio in ogni Causa» [25] concorrendo alla moltiplicazione delle soluzioni giurisprudenziali, al disordine, quindi alla vanificazione di regole incrollabili e comuni; l'equità, come «il dritto d'interpretare lo spirito della legge», distrugge «questa uniformità tanto necessaria per la libertà sociale» [26] ed entrambi sono solo due facce dell'arbitrario potere dei giudici: «equità, interpretazione, arbitrio non sono altro, che voci sinonime» [27].

Certo, anche Filangieri ha presente la principale difficoltà cui l'opposizione legge/interpretazione va incontro: se all'interprete è preclusa la facoltà di andare oltre il significato «letterale» (o «originario» o «intenzionale») della norma, si riduce drasticamente il tempo di vitalità della norma, condannata ad un rapido declino di fronte al mutare delle situazioni. Il problema deve però essere risolto, anche per Filangieri, tenendo fermo il principio del primato assoluto della legge: ai casi nuovi si risponderà con nuove leggi e il rischio dell'inflazione legislativa, della moltiplicazione eccessiva delle norme, se pure reale, è comunque un male minore dell'arbitrio giudiziale. Filangieri

---

[24] G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, cit., p. 11.

[25] *Ivi*, p. 20.

[26] *Ivi*, p. 29.

[27] *Ivi*, p. 32.

propone addirittura di istituire un'apposita magistratura (il «censore») che verifichi il grado di deperimento delle leggi vigente e ne proponga tempestivi aggiornamenti [28]. L'unica soluzione inaccettabile è quella intorno alla quale ruota da secoli il sistema dello *ius commune*, caratterizzato dalla confusione dei ruoli di legislatore e di giudice e dal primato della *interpretatio*. Al contrario, proprio per la sua valenza «normativa» l'interpretazione, come la legislazione, spetta al sovrano e non al giudice: «cognizione del Fatto, applicazione letterale della legge: ecco a che si riducono tutti i doveri d'un Giudice» [29].

Ancora una volta, legge e interpretazione appaiono gli elementi di una connessione tematica centrale in tutto l'illuminismo giuridico. La riflessione dei riformatori settecenteschi sulla legge si sviluppa instaurando innanzitutto un nesso opposizionale fra legge e interpretazione. Questa opposizione non emerge all'interno di un'analisi dottrinale e togata dei sommi princìpi del giure, ma viene formulata e impiegata come strumento di diagnosi e di correzione dei «difetti della giurisprudenza» e, più in generale, viene indicata come la leva di un'auspicabile trasformazione del sistema socio-giuridico esistente.

Certo, nello sfaccettato universo illuministico gli accenti sono vari e possono oscillare fra un atteggiamento più conciliante nei confronti del diritto romano e una totale insofferenza nei suoi riguardi, oppure fra una disponibilità a valorizzare il sapere giuridico tradizionale e una sprezzante denuncia della sua irrimediabile farraginosità e arretratezza. Più in generale è significativa una distinzione di fondo, che trova una sua limpida esemplificazione nell'atteggiamento di Muratori, da un lato, e nella posizione di Filangieri, dall'altro lato: se in entrambi i casi la connessione tematica «legge-interpretazione» si pone al centro di un'analoga costellazione di problemi (la critica dell'incertezza, la lotta contro l'arbitrio, la centralità dello strumento legislativo), diverse sono però le direzioni di senso cui essa si apre, in un caso suggerendo una razionalizzazione, piuttosto che un'eversione, del sistema vigente, e nell'altro caso evocando associazioni ulteriori che postulano un distacco più netto e radicale dall'ordine esistente.

3. Legge e libertà

La riflessione illuministica sulla legge non è contemplativa e «disinteressata», ma «interessata» e militante, difficilmente separabile da una qualche

[28] *Ivi*, p. 73 ss.

[29] *Ivi*, p. 46.

denuncia (pur di diversa radicalità) dei difetti del sistema giuridico positivo e da una conseguente aspettativa di una sua (parziale o totale) trasformazione. Ciò non significa però in nessun modo che la visione illuministica della legge nasca e si esaurisca entro la cittadella del giuridico e si proponga come una somma di rimedi alle disfunzioni «tecniche» dell'ordinamento vigente. Al contrario, quanto più la riflessione sulla legge si apre alla prospettiva di una radicale «delegittimazione» dell'esistente, tanto più numerosi e vitali appaiono i nessi che collegano l'immagine della legge con la visione complessiva dell'ordine politico-sociale.

Nel momento in cui Verri o Filangieri oppongono la legge all'interpretazione giudiziale per rivendicare al solo sovrano quella potestà normativa di cui il giudice indebitamente si appropria approfittando delle reticenze o inadempienze del legislatore, essi insistono su una connessione tematica tanto impegnativa quanto decisiva per intendere il senso della riflessione illuministica: la connessione fra legge e libertà.

Opporre legislatore a giudice, legge a interpretazione significa per Verri prendere sul serio la libertà. Se immaginiamo – scrive Pietro Verri – un paese interamente privo di pezze di appoggio legislative, la soluzione delle controversie sarà affidata ad un giudice le cui decisioni saranno inevitabilmente arbitrarie perché prive di qualsiasi parametro «oggettivo»: la mancanza di vincoli normativi rende «assoluto» l'arbitrio del giudice e incontrollabile il suo operato e permette di configurare questo ipotetico regime come una perfetta incarnazione del «dispotismo»[30]. E non è determinante che ad esercitare il potere dispotico sia un uomo od un gruppo di uomini; è decisivo il fatto che in entrambi i casi l'esercizio del potere è sottratto a vincoli chiari, univoci, «oggettivi» che «dall'esterno» ne disciplinino le modalità, ne fissino i limiti, ne precostituiscano in qualche misura l'esito.

Il giudice-legislatore genera per Verri non già un complesso di disfunzioni «tecniche» dell'ordinamento – l'incertezza delle liti, l'aumento della conflittualità, la venalità del ceto forense, ecc. – ma una sua profonda perversione politica, tanto che gli inconvenienti prodotti dalla soluzione opposta, gli inconvenienti che derivano dal primato assoluto della legge e che pure i riformatori non omettono di menzionare – l'eventuale ingiustizia causata dalla rigida ed eguale applicazione della norma, l'inflazione legislativa imposta dalla necessità di far fronte al mutare della società e al moltiplicarsi dei casi non previsti – appaiono comunque ai loro occhi un male minore; l'arbitrio invece, proprio perché rende incerti i confini e i contenuti della libertà, è il male mag-

[30] P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 484 ss.

giore, un vizio «strutturale» che insidia la conformazione stessa della *polis*, «un male di sistema» [31].

È all'idea di libertà che ricorre Filangieri per esprimere fino in fondo il senso dell'opposizione fra legge e interpretazione e dimostrare la necessità di bandire l'«interpretazione arbitraria»: ciò che per Filangieri compone la «libertà politica», la libertà dei cittadini nella *polis*, è «la sicurezza, e l'opinione di questa sicurezza» [32]; ed è l'immagine, prima ancora della «realtà», della sicurezza che viene vanificata dalla moltiplicazione delle soluzioni difformi, indotta dalla logica equitativa e dall'interpretazione «arbitraria». Il fantasma del dispotismo torna a comparire come la proiezione politica di un regime dominato dall'incertezza delle regole: «datemi dunque un Governo, nel quale i Magistrati possono arbitrare, e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' Magistrati supera quello dell'unità» [33].

La stretta associazione tematica fra legge e libertà (e fra i rispettivi antonimi, l'arbitrio e il dispotismo) non è ovviamente un'escogitazione singolare di Verri o di Filangieri, ma compare nei testi dei riformatori italiani al seguito di una lunga vicenda intellettuale cui conviene sinteticamente accennare per cogliere il senso e la portata dell'associazione stessa.

Il nesso «positivo» fra libertà e legge è chiaramente tematizzato da Locke, che anche su questo terreno propone una netta alternativa allo schema hobbesiano. Hobbes non rinuncia affatto a tematizzare la libertà dei soggetti, cui dedica un apposito capitolo nel *Leviathan*. La libertà hobbesiana però comincia là dove finisce l'impero della legge: la libertà è lo spazio giuridicamente «vuoto» di un soggetto che trova nella legge un vincolo irresistibile e proprio per questo vede in essa la condizione di possibilità dell'ordine: «la libertà di un suddito è … solo in quelle cose che un sovrano ha omesse nel regolare le sue azioni» [34]; la libertà è «quella parte del diritto naturale che viene rilasciata ai cittadini in quanto non è limitata dalle leggi civili» [35].

Locke muove invece dal presupposto che la libertà in stato di natura significa l'indipendenza di ognuno dal potere di ogni altro, ma non implica affatto una sottrazione del soggetto all'impero della legge naturale: la libertà caratterizza l'azione di un individuo che, senza subire le interferenze di chicches-

---

[31] *Ivi*, p. 488.

[32] G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*, cit., p. 15.

[33] *Ivi*, pp. 25-26.

[34] Th. Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari, 1974, II, 21, p. 188.

[35] Th. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Th. Hobbes, *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Utet, Torino, 1959, XIII, 15, p. 260.

sia, si muove nei binari precostituiti dalla legge di natura; e la legge di natura, voluta da Dio, attribuisce precisi doveri e diritti a ciascuno: innanzitutto il diritto-dovere di conservare se stesso e, in secondo luogo, il dovere (purché compatibile con la *self-preservation*) di agire per la conservazione della società tutta[36].

La libertà non evoca dunque in Locke il movimento «indisciplinato» di un soggetto che agisce impulsivamente, preda dei suoi istinti immediati, privo di direzioni significative e di regole cogenti, ma si coniuga al contrario con l'immagine di un soggetto «padrone di sé», capace di autodisciplina, consapevole del nesso fra legge e libertà: la legge naturale, per un verso, dà alla libertà il suo specifico contenuto (collegandola funzionalmente al dovere-diritto di autoconservazione), mentre, per un altro verso, la rende inviolabile e irrinunciabile.

Certo, il variegato universo del riformismo settecentesco non ha un rapporto semplice ed univoco con la tradizione giusnaturalistica. Non è però necessario che i passaggi canonici del giusnaturalismo secentesco siano pedissequamente rispettati perché sia possibile accogliere (nell'essenza, non nei suoi aspetti superficiali) quel rapporto fra libertà e legge che Locke aveva delineato ricorrendo ai concetti di «stato di natura» e di «legge naturale». Montesquieu, pur conservando l'idea di un ordine naturale come proprio quadro di riferimento, concentra la sua attenzione sull'ordine civile, sulla fenomenologia dei regimi politici, e si lascia alle spalle il caratteristico lessico teorico giusnaturalistico (lo stato di natura, il contratto sociale): ciò non gli impedisce però di instaurare fra legge e libertà uno stretto rapporto di complementarità.

Il nesso legge-libertà è anzi nell'*Esprit des lois*, se non il principale snodo argomentativo, certo una delle nozioni-chiave. È questa nozione che fornisce il criterio essenziale per introdurre la distinzione più importante della fenomenologia politica montesquieuviana: non tanto la differenza fra repubblica e monarchia quanto la contrapposizione fra regimi pur diversi fra loro (e diversamente apprezzabili per Montesquieu) e tuttavia sani, normali, «fisiologici», da un lato, e la loro inaccettabile «degenerazione» patologica, la loro «torsione» dispotica, dall'altro lato. Il «male assoluto», in qualche modo un non-regime, è appunto per Montesquieu il dispotismo, quel regime che sostituisce l'arbitrio alla legge, quindi la volontà imprevedibile del despota alla prevedibile, fissa, «regolare» prescrizione della norma.

Lungi dall'immaginare (hobbesianamente) la libertà individuale come uno

[36] J. Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in L. Pareyson (a cura di), *Due Trattati sul governo*, Utet, Torino, 1960, § 7, p. 242.

spazio normativamente intatto, non raggiunto dalla legge, e la legge come un vincolo che limita e comprime le scelte del soggetto, Montesquieu presenta la libertà come inseparabile dalla legge, che ne costituisce la condizione di possibilità. La libertà è agire entro i binari che le leggi precostituiscono offrendo all'individuo una protezione e una sicurezza altrimenti impossibili. Legge, libertà e sicurezza si implicano a vicenda e si propongono come l'indice principale della legittimità dell'ordine. Per quanto i regimi siano diversi, per quanto differenziati siano i loro valori fondanti, è il nesso legge-libertà che, pur attraverso diverse soluzioni istituzionali, si ritrova al fondo di tutti i regimi «normali». Se la legge evoca libertà e sicurezza, il suo antonimo, l'arbitrio «dispotico», si associa a paura e servitù.

Condizione stessa della legittimità del regime politico, il circolo virtuoso che lega insieme legge e libertà è anche l'obiettivo primario che il governo deve perseguire. I celebri espedienti di «ingegneria istituzionale» (la divisione dei poteri, innanzitutto) suggeriti da Montesquieu sono strumenti funzionali a questo fine. Si tratta di controllare il potere attraverso il potere, di costruire l'assetto costituzionale in modo che, «per la disposizione delle cose, il potere freni il potere»[37]. Occorre evitare la concentrazione delle funzioni in un solo detentore del potere e soprattutto impedire che legislazione e giurisdizione si sommino e si confondano, occorre far sì che il potere giudiziario (un potere che Montesquieu chiama «terribile») venga esercitato non da professionisti ma «da persone scelte tra il popolo» e divenga «per così dire, invisibile e nullo», vincolato al rispetto di leggi certe e precise, in modo che i soggetti agiscano in società sapendo «con precisione quali impegni vi si contraggano»[38].

Scopo primario del governo e condizione della legittimità del regime politico, la legge e la libertà si propongono come i decisivi parametri di valutazione dell'ordine positivo: quando Montesquieu teorizza la connessione fra legge e libertà, egli non enuncia un principio ideale, non descrive un rapporto fra «essenze» concettuali, ma mette a punto un criterio che, nel momento in cui permette di «misurare» la legittimità di un ordinamento positivo, si propone anche come criterio di una sua auspicabile modificazione.

Affermare che legge e libertà *sono* connesse significa insomma per Montesquieu sostenere, costringendo in un'unica sequenza molteplici livelli argomentativi, che esse *devono* esserlo, ma *possono* anche *non* esserlo effettivamente: significa insomma aprire la strada, insieme, ad un'analisi spregiudi-

---

[37] Ch.-L. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Utet, Torino, 1952, XI, 4, p. 274.

[38] *Ivi*, XI, 6, p. 279.

cata dei regimi politici, ad una valutazione etico-politica del loro grado di legittimità, alla prospettazione di una possibilità di riforma.

Certo, è essenziale che vi siano le leggi: sono le leggi come tali, quale che sia il loro contenuto, a segnare la differenza radicale che passa fra un vero e proprio regime politico e la sua patologica «negazione», il dispotismo, dal momento che il «governo delle leggi» si distacca qualitativamente dal «governo degli uomini» battendo in breccia l'arbitrarietà e l'imprevedibilità di quest'ultimo. Se dunque è già la legge come tale che si raccomanda in ragione della generalità, astrattezza, impersonalità del suo comando e della prevedibilità delle sue conseguenze, essa tuttavia è ancora per Montesquieu una condizione necessaria ma non sufficiente della piena legittimità del regime politico. È a questo punto che il nesso legge-libertà dispiega tutta la sua importanza: la libertà «consiste […] nella sicurezza, o nell'opinione che si ha della propria sicurezza» [39], ma la sicurezza è assicurata non già semplicemente da un oculato assetto costituzionale o dal carattere generale e astratto della legge, ma dai suoi specifici contenuti. La connessione tematica legge-libertà non ha un carattere soltanto formale, ma pone precisi vincoli sostantivi, spezzati i quali la legge stessa si perverte in strumento di oppressione e di insicurezza, tanto più pericoloso quanto più capace di investire direttamente la vita e i beni dell'individuo.

Non ogni legge, non la legge come tale, basta a difendere la libertà-sicurezza dei soggetti: la legge può essere «buona» o «cattiva» e solo una legge che confermi nei suoi contenuti prescrittivi il suo rapporto privilegiato con la libertà-sicurezza assolve fino in fondo al suo compito. Nascono da questo assunto l'attenzione che Montesquieu dedica al diritto penale e l'esigenza di convertirlo da strumento di minaccia in strumento di garanzia dei cittadini, intervenendo su di esso in nome di quel principio cardine – la corrispondenza fra la gravità del delitto e la pena comminata – che, nella sua trasparente razionalità, riesce a sconfiggere anche sul piano dei contenuti ogni residuo di arbitrarietà: «la pena non deriva più dal capriccio del legislatore, ma dalla natura delle cose, e l'uomo non fa violenza ad un suo simile» [40]. E non è un caso che proprio con Montesquieu si connetta idealmente Beccaria nelle pagine di apertura del suo celebre saggio [41], che esordisce unendo in un unico verdetto di condanna, quale «scolo de' secoli i più barbari», le *leges* di

[39] *Ivi*, XII, 1, p. 320.

[40] Ch.-L. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., XII, 3, p. 324.

[41] «L'immortale Presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo […]» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, p. 10).

Giustiniano e i «farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti» [42] e si sviluppa proponendo una radicale revisione non solo del «sistema delle fonti» ma anche dei contenuti normativi e dei valori di fondo del diritto penale sostanziale e processuale.

Legge e libertà si intrecciano strettamente, dunque, nell'universo di discorso «illuministico», ma questa connessione presenta due tratti essenziali, che ne offrono un'ulteriore e inconfondibile caratterizzazione. In primo luogo, il nesso legge-libertà non è solo un nesso di carattere «formale»: la legge non è veicolo di libertà solo in quanto è prescrizione astratta, generale, impersonale, solo in quanto si contrappone all'arbitrio in ragione della sua "certezza» e della prevedibilità dei suoi effetti, solo in quanto si tiene a distanza dalle passioni e dagli interessi; la legge è tramite di libertà-sicurezza anche e soprattutto in quanto i suoi contenuti prescrittivi sono riformulati a partire da una complessa visione sostantiva dell'essere umano, della società, dei suoi valori fondanti.

In secondo luogo, e di conseguenza, il nesso legge-libertà non serve a descrivere (legittimare) un assetto già dato, ma al contrario si inserisce nel varco aperto dalla tensione fra ciò che è e ciò che deve essere: la connessione tematica legge-libertà è inseparabile da quella tensione riformatrice che costituisce una dimensione caratterizzante del secolo.

Conviene prendere sul serio l'immagine del «Settecento riformatore» [43]. Certo, non si vorrà alludere con questa formula felice ad una sorta di *Zeitgeist* esaustivo di un secolo complicato ed eterogeneo e nemmeno si vorrà dare aprioristicamente per risolto il problema (indubbiamente aperto per lo storico della società e delle istituzioni) dei concreti effetti dell'una o dell'altra strategia riformatrice, della complicata geografia dei poteri e dei ceti in essa coinvolti, delle dinamiche complesse e diversificate dei vari «sotto-sistemi» istituzionali e politici. Quando però si tolga alla formula qualsiasi pretesa «olistica» e la si accolga come cifra di una peculiare e determinata strategia retorica, la riforma appare il filtro attraverso il quale una nutrita serie di testi guarda agli snodi fondamentali dell'ordine politico. Non si parla della legge se non in quanto vitalmente (formalmente e contenutisticamente) connessa con la libertà, ma anche non si tematizza il nesso legge-libertà senza assumerlo come elemento di un complesso «giudizio»: che prima delinea un modello o parametro ideale, poi lo impiega per valutare e denunciare le inadempienze dell'ordine effettivo e infine indica un'alternativa, movendosi entro un oriz-

[42] *Ivi*, p. 3.

[43] L'ovvio riferimento è alla grande opera di F. Venturi, *Settecento riformatore, 1., Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino, 1969.

zonte «critico»[44] che mette costantemente in rapporto, e in tensione, realtà e modello, realtà e possibilità.

Se dunque il nesso legge-libertà occupa sicuramente una posizione centrale nell'immaginario illuministico, esso non è realmente comprensibile finché non viene a sua volta collocato entro una rete tematica più estesa. Di questa rete la riforma non è tanto uno snodo quanto l'orizzonte. Nel momento però in cui essa si propone come un «pensiero dell'alternativa» ed apre il gioco della possibilità e della trasformazione, essa tende fatalmente anche a suggerire o a prefigurare alcuni punti di forza su cui far leva. In questa prospettiva diviene importante un nesso tematico peraltro già spontaneamente postulato dalla valorizzazione della legge: il nesso con la sovranità.

Certo, l'assetto della sovranità è esso stesso bisognoso di una specifica attenzione «riformatrice»: solo organizzando il potere in modo che esso controlli se stesso, come voleva Montesquieu, è possibile evitare l'arbitrarietà del comando ed opporre i «governi moderati» dell'Europa al «terribile dispotismo» dell'impero turco. La sovranità è però anche la leva indispensabile della riforma.

Certo, occorre procedere con cautela su un terreno dove la grande varietà delle aspettative e delle strategie caratteristiche dei testi settecenteschi rende incerto e precario qualsiasi tentativo di schematizzazione. Credo però che, pur scontando la molteplicità delle immagini di sovranità che si affollano nel «Settecento riformatore», sia possibile ricordare alcuni tratti ricorrenti.

Un importante tratto ricorrente è una visione positiva e ottimistica della sovranità. È vero che la sovranità è esposta al rischio del dispotismo e come «dispotici» possono essere denunciati specifici provvedimenti o episodi. La scelta dispotica non è però la strutturale inclinazione di un potere esposto «in quanto tale» alla degenerazione e all'oppressione, ma è la congiunturale disavventura di un potere irrazionalmente esercitato: non appena la sovranità ritrova alla luce della ragione la sua originaria e fisiologica destinazione, essa svolge un ruolo benefico e insostituibile ed appare non la minaccia, ma il sostegno della libertà.

Non si concepisce la legge se non come strumento e declinazione della libertà e non si concepisce il nesso legge-libertà se non in connessione con uno «spirito di riforma» che chiede di valutare «ciò che è» alla luce di «ciò che *deve* essere» (e che *può* venire ad essere): il nesso legge-libertà e il nesso legge-riforma sono però a loro volta inseparabili dal nesso legge-sovranità.

---

[44] Intendendo per 'critica' l'arte di «non essere governati in questo modo, in nome di questi princìpi, in vista di tali obiettivi e attraverso tali procedimenti» (M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, a cura di P. NAPOLI, Donzelli, Roma, 1997, pp. 37-38).

Sullo sfondo è ancora percepibile l'influsso esercitato da una lunga tradizione «assolutistica», dalla quale provengono due convinzioni ancora operanti: in primo luogo è intatto il nesso (antico, ma riproposto e riformulato originalmente dai Bodin, dagli Hobbes, dai Pufendorf) fra *merum imperium* e potestà legislativa, l'idea della legge come espressione eminente della «assoluta» sovranità; in secondo luogo è ancora forte la tendenza – che prende forma a partire dalla crisi della cristianità medievale e dal divampare delle guerre di religione – a guardare al sovrano come al principale baluardo del soggetto.

Nel secolo dei lumi questi due risalenti atteggiamenti di fronte alla sovranità si traducono in un principio elementare (anche se formulato in diversissimi modi), secondo il quale è il sovrano che, attraverso la legge che è l'espressione eminente, insieme, della sua *ratio* e della sua *voluntas*, provvede alla riforma dell'assetto politico e così agendo conferma il suo strutturale carattere benefico, la sua naturale alleanza con i soggetti. Certo, l'indifferenza di un Quesnay alle forme politico-costituzionali non ha molto da spartire con il gioco montesquieuviano dei pesi e dei contrappesi, così come l'enfasi repubblicana di un Helvétius non incrocia certo le aspettative voltairiane (peraltro presto deluse) nei confronti di Federico II. Ciò non toglie però che, al di là del caleidoscopio delle forme di Stato volta a volta raccomandate, si stagli una ricorrente immagine della sovranità: una sovranità benefica e riformatrice, benefica in quanto capace di trasformare l'ordinamento per renderlo congruente con i fini prescritti con indiscutibile chiarezza dalla ragione naturale.

Legge-libertà, legge-riforma, legge-sovranità: è la legge che, come espressione eminente della sovranità, impedisce l'arbitrio, si fa veicolo di certezza, razionalizza l'ordinamento, lo trasforma, lo «riforma» impedendone le disfunzioni «irrazionali» che mettono a repentaglio la libertà e la sicurezza dei soggetti.

Riformare l'ordinamento è intervenire su di esso per razionalizzarlo in funzione di una libertà-sicurezza di cui il sovrano è il primo e decisivo custode: è a questo capitolo ideale che occorre ricondurre le polemiche che (con diversi livelli di radicalità) coinvolgono il *Corpus Iuris*, la tradizione giurisprudenziale, il ceto forense, il ruolo del giudice. È il nesso libertà-legge l'epicentro di un siffatto programma di razionalizzazione; ed è un nesso a sua volta indisgiungibile dalla connessione libertà-riforma e libertà-sovranità.

Occorre però guardarsi a questo punto dal fraintendimento forse più grave nel quale incorreremmo se arrestassimo a questo punto la rete delle connessioni che innervano il campo semantico della «legge» costringendo la valenza del nesso legge-libertà ad una dimensione prevalentemente formale. Certo, già il fatto che la legge sia valorizzata in funzione della libertà, già il fatto che il discorso illuministico sulla legge è in realtà un discorso sul nesso leg-

ge-libertà, impedisce di intendere l'illuminismo giuridico come una celebrazione della legge come tale. Decisiva è però la considerazione che la libertà di cui la legge è funzione non è una libertà «vuota», non è la semplice assenza di arbitrio, non si identifica semplicemente con la «certezza», con la prevedibilità delle conseguenze dell'azione individuale, ma è una libertà contenutisticamente significativa: è la libertà di un soggetto che, titolare di precisi diritti e doveri naturali, si muove entro un ordine che la legge del sovrano rispecchia, rafforza, tutela.

La libertà del soggetto è la libertà-proprietà che, teorizzata da Locke a fine Seicento, nel nuovo secolo domina la scena, pur avvalendosi di schemi di fondazione profondamente diversificati e non più obbligatoriamente giusnaturalistici. La libertà-proprietà è, insieme, la sfera del *proprium* (già teorizzata da Grozio), lo spazio inviolabile del soggetto, e l'azione espansiva ed acquisitiva (il *labour* lockiano) di un individuo che agisce per conservarsi appropriandosi dei beni, moltiplicandoli e collaborando quindi, indirettamente, alla ricchezza collettiva e al benessere del tutto. La libertà-proprietà è il versante antropologico di un ordine naturale che sottende l'azione e l'interazione dei soggetti e trova nella legge del sovrano uno specchio, un'esplicitazione formale, uno strumento di tutela.

Esaltare il nesso legge-libertà è per l'illuminismo giuridico sostenere il rapporto obbligato fra la legge e l'ordine naturale, fra la legge e i diritti naturali dei soggetti, fra la legge ed un progetto di società che entra in rotta di collisione con l'ordine positivo: con l'ordine dei corpi, delle gerarchie, delle disuguaglianze giuridiche, delle proprietà «bloccate» (e non è ovviamente un caso che ad esempio nelle pagine del «Caffè» le invettive dei fratelli Verri contro le leggi romane si intreccino con le lucide pagine di Alfonso Longo contro i fedecommessi [45]).

È nella fitta rete di siffatte connessioni tematiche (cui nell'economia di un breve saggio è possibile solo accennare) che occorre collocare la celebrazione illuministica della legge, il «legicentrismo» di cui daranno prova i dibattiti e le decisioni politico-costituzionali della rivoluzione francese.

La tesi della centralità della legge non ha un carattere finale ma strumentale: la legge non è un valore in sé, ma conta in funzione della libertà, è lo strumento tecnico-giuridico di cui avvalersi per spezzare la logica dell'arbitrarietà e sostituirvi il dominio della certezza. Il nesso legge-libertà, che si pone al centro della riflessione illuministica, presuppone quindi il

[45] A. Longo, *Osservazioni sui fedecommessi*, in *Il Caffè*, cit., pp. 86-97. Cfr. anche A. Longo, *Istituzioni economico politiche* (1773), in C.A. Vianello (a cura di), *Economisti minori del settecento lombardo*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 343 ss.

montesquieuviano bilanciamento dei poteri e si traduce in una rigida contrapposizione fra legge e interpretazione, fra legislatore e giudice: proprio perché l'interpretazione giudiziale è «creativa» («arbitraria», secondo il lessico settecentesco), essa usurpa il ruolo del legislatore, ma non può valere come un suo accettabile surrogato perché le norme da essa introdotte mancano delle caratteristiche che rendono legittima la norma legislativa; esse infatti, in primo luogo, non sono generali, non sono certe, sono esposte al gioco degli interessi, sono parziali, e, in secondo luogo, sono il mero specchio di un ordine socio-politico largamente inadempiente rispetto ai requisiti dell'ordine ideale. Emerge a questo punto la fondamentale connessione legge-riforma: la norma giudiziale è illegittima non solo perché veicolo di incertezza, ma anche perché strumento di mera conservazione di quell'assetto che la legge è in grado di mutare per renderlo collimante con i postulati dell'ordine naturale.

La legge, nel momento in cui si incrocia con il tema della riforma, acquista allora una valenza ulteriore: non è solo funzione della certezza, non è solo uno strumento al servizio di una «razionale» (certa, prevedibile) organizzazione delle istituzioni giuridiche, non è solo lo strumento di garanzia di uno spazio individuale «vuoto», di una libertà «formale», ma è anche, e in modo decisivo, il tramite e lo specchio di un ordine sostantivo, di quell'ordine della libertà e della proprietà che la natura stessa pone come parametro di legittimità e come fine essenziale del regime politico.

Per l'illuminismo giuridico la legge si pone indubbiamente al centro dell'ordinamento; la sua centralità è però esattamente il contrario dell'autosufficienza e si regge piuttosto sui nessi tematici, sulle destinazioni funzionali che imprimono alla legge stessa il suo senso effettivo: lungi dall'essere concepita come «forma» disponibile a riempirsi di qualsiasi contenuto, la legge è inseparabile da un progetto di società che la investe di precisi, vincolanti contenuti, è celebrata in funzione della libertà-proprietà-sicurezza del soggetto, è strumento di tutela di un inviolabile ordine naturale, è espressione di una sovranità ancora ottimisticamente concepita come naturale alleato dell'individuo, è infine iscritta in un campo di tensione che oppone l'ordine esistente ad un ordine possibile e alternativo.

4. L'illuminismo giuridico e la sua problematica eredità

È attraverso una fitta rete di connessioni tematiche che è possibile intendere la valenza specifica attribuita alla legge dalla retorica illuministica. Se dunque una ricostruzione esaustiva dell'illuminismo giuridico e della sua

visione della legge dovrebbe approfondire quei nessi di cui ho offerto una parziale e cursoria elencazione e ricostruirne le diverse espressioni tenendo conto della varietà degli stili individuali, delle scelte teoretiche, dei contesti, resterebbe comunque ancora intatto quel secondo fronte problematico cui accennavo all'inizio: che riguarda non più l'illuminismo giuridico come tale, ma la sua «fortuna» (o «sfortuna») otto-novecentesca; riguarda cioè l'impiego che diverse tradizioni giuridiche hanno fatto delle categorie «illuministiche», accreditandosi volta a volta come fedeli eredi del lascito settecentesco oppure come fieri contestatori delle sue inadempienze teoriche e politiche.

Anche per questo secondo fronte dell'indagine mi limiterò ad indicare alcuni passaggi e alcuni problemi (a mio avviso) rilevanti; e la sommarietà dei richiami è motivata in questo caso non solo dalla necessità di sintesi imposta dall'economia del saggio, ma anche dallo stato della storiografia, che, mi sembra, non ha ancora affrontato sistematicamente e sviscerato fino in fondo il problema della «recezione» (e della rappresentazione) otto-novecentesca dell'illuminismo giuridico.

La visione illuministica della legge passa attraverso l'attivazione di una serie di connessioni tematiche (legge-libertà, legge-sovranità, legge-riforma, legge-ordine naturale, ecc.) che attribuiscono ad essa il suo senso storicamente peculiare. Dall'insieme di questi nessi è possibile indicare riassuntivamente alcuni tratti caratterizzanti l'idea illuministica di legge: a) la legge come insieme di princìpi generali, astratti, affidati alla scrittura, inequivocabili, trasparenti; b) la legge come fonte esclusiva di norme, in contrapposizione all'arbitrarietà dell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale; c) la legge come strumento di realizzazione della libertà-proprietà dei soggetti; d) la legge come specchio e tutela di un ordine naturale; e) la legge come espressione di una sovranità funzionalmente orientata alla tutela di un «ordine di soggetti»; f) la legge come strumento di «riforma», di adeguamento dell'ordine reale all'ordine ideale.

Il problema della recezione otto-novecentesca della concezione illuministica della legge potrebbe essere impostato chiedendosi se e come l'una o l'altra dottrina giuridica ottocentesca accoglie, corregge, respinge i tratti tematici ora ricordati.

Mi sembra che gli elementi indicati *sub* a) e *sub* b) siano stati approfonditamente discussi dalla storiografia nel momento in cui veniva messo a fuoco il fondamentale capitolo della «codificazione». Vengono allora al pettine due temi essenziali della vicenda giuridica otto-novecentesca: il ruolo dominante della legge (e della «forma-codice») nel sistema delle fonti (almeno nei paesi a diritto codificato), la teoria formalistica dell'interpretazione e la conseguente fortuna del «sillogismo giudiziale». La brillante formula dell'«assolutismo

giuridico», che Paolo Grossi ha in più occasioni [46] proposto per cogliere una linea di fondo della cultura giuridica «moderna», compendia in sé entrambi i princìpi e dovrebbe riuscire, a mio avviso, facilmente persuasiva nei confronti dell'odierno interlocutore. Essa mi sembra presupporre, come suo implicito fondamento, il lungo sviluppo dell'ermeneutica novecentesca, il suo faticoso distacco da una teoria oggettivistica dell'interpretazione, la valorizzazione dell'insostituibile presenza del soggetto interpretante. Il riflesso di questa vicenda sull'ermeneutica giuridica non può essere che la riscoperta del ruolo attivo e «creativo» del giurista-interprete, la convinzione del carattere «inerte» del testo normativo come tale, la necessità di una sua messa in opera da parte del giudice o del *doctor iuris*, l'inevitabile protagonismo di una *iurisprudentia* che non si limita (lo sappia o no) a «fotografare» il senso del testo, a riprodurlo nella sua «oggettività», ma «dà senso» al testo, lo riscrive continuamente, non opera attraverso operazioni deduttive, «sillogistiche», ma impiega tutte le risorse della «immaginazione» e della retorica [47].

L'«assolutismo giuridico» è una formula che serve dunque ad indicare *una* tradizione otto-novecentesca (non l'unica tradizione, ma certo per lungo tempo la tradizione dominante) che siamo oggi in grado di «storicizzare» alla luce di una visione più complessa dell'ermeneutica generale, dell'ermeneutica giuridica, delle forze produttive dell'ordinamento. La formula è efficace perché attraverso l'espressione «assolutismo» essa riesce ad alludere a due distinte ma connesse «assolutizzazioni» caratteristiche di una tradizione (o di un complesso di tradizioni) di indubbia importanza nel corso dell'Ottocento e del Novecento: da un lato la «assolutizzazione» della legge, il «legalismo», il culto della legge come tale, l'assunzione della legge come valore in sé, come suprema ed indiscutibile istanza; dall'altro lato l'azzeramento del ruolo «attivo» dell'interpretazione, la sua riduzione a cassa di risonanza del senso «oggettivo» della legge, il carattere «meccanico» dell'applicazione della norma (il «sillogismo giudiziale»).

Un problema a mio avviso delicato e ancora aperto riguarda semmai il rapporto fra le tradizioni ottocentesche di marca «gius-assolutistica» e la concezione illuministica della legge. Un nesso è sicuro e difficilmente contestabile e riguarda i due tratti che si ritrovano puntualmente nelle scelte «gius-assolutistiche» del positivismo formalistico ottocentesco: la centralità della legge, il suo ruolo «delegittimante» nei confronti di altre possibili fonti di produzione

---

[46] Cfr. i saggi raccolti in P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

[47] Ho sviluppato questo tema in *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, I, 1995, pp. 1-34.

normativa, ed il conseguente rifiuto di un'interpretazione «creativa», l'immagine (l'ideale) del potere giudiziario come «potere nullo».

Se dunque è possibile stabilire una linea di continuità fra l'illuminismo giuridico e il positivismo formalistico ottocentesco in ragione dei due tratti ora ricordati, è anche vero che altri elementi giocano a favore di significative discontinuità. Se in entrambi i casi la legge è oggetto di una vera e propria celebrazione, è profondamente diversa la sua direzione di senso, dal momento che, in un caso, la legge è esaltata in vista della sua destinazione funzionale (alla libertà, ai diritti, alla tutela dell'ordine naturale, alla riforma), mentre nell'altro caso la legge vale come principio formale e autosufficiente dell'ordine, rimanendo impregiudicato il suo rapporto con i contenuti e con i fini. Allo stesso modo, la tensione riformatrice, caratteristica della visione illuministica della legge, la convinzione che la legge debba muoversi nel varco aperto dal confronto fra l'ordine reale e l'ordine possibile, fra l'ordine ingiusto e l'ordine legittimo, introduce una dimensione «critica» e progettuale del tutto incompatibile con la pretesa «avalutativa», «apolitica», «intemporale» del positivismo formalistico. Ancora diverse, infine, sono le aspettative nutrite nei confronti della sovranità (del nesso legge-sovranità): quella sovranità che, nell'immaginario settecentesco è ancora ottimisticamente concepita come «razionale» e «funzionale» ad un ordine di soggetti, tende a proporsi, nel positivismo statualistico tardo-ottocentesco, come valore in sé e come perno autosufficiente dell'ordine.

Appare allora particolarmente intricato e frastagliato il rapporto fra l'«assolutismo giuridico» ottocentesco e i suoi «precedenti» settecenteschi, dal momento che sicuri elementi di continuità si mescolano (come accade peraltro di regola nelle complesse vicende della trasformazione storica) con altrettanto significative cesure. Occorre anche tener presente che a questo problema possono darsi risposte differenziate a seconda della domanda di fondo che sorregge la formulazione del problema stesso. Se il mio obiettivo è ricostruire la dottrina delle fonti e la teoria dell'interpretazione otto-novecentesche per coglierne le inclinazioni «gius-assolutistiche» (o, se si preferisce, «legicentriche» e formalistiche), è comprensibile che io cerchi nel passato i «precedenti» o le prime avvisaglie dell'orientamento che costituisce l'oggetto primario della mia indagine. Se invece il mio scopo è la ricostruzione della visione illuministica della legge, la mia partita storico-ermeneutica si gioca all'interno di quel contesto e divengono determinanti le connessioni tematiche che innervano il campo semantico «legge», mentre appare un problema, per così dire, «fuori scena», il rapporto che il futuro formalismo positivistico instaurerà con l'eredità illuministica.

Ancora diverso è il caso quando oggetto dell'indagine divenga proprio il gioco dei prestiti e degli scambi intercorrenti fra contesti storici diversi: è

appunto il caso di quel tema storiografico (ancora a mio avviso troppo trascurato) che potrebbe essere intitolato alla recezione otto-novecentesca dell'illuminismo giuridico. La mia impressione (ché per un giudizio ragionato occorrerebbe ben altra argomentazione e documentazione) è che l'eredità illuministica tenda a scomparire, quale corrente carsica, nelle sabbie o rocce dello statualismo positivistico e formalistico per rendersi semmai di nuovo parzialmente visibile in quella variegata cultura «antitotalitaria» degli anni Trenta-Quaranta [48] che sente il bisogno di riscoprire, contro la tradizione statocentrica tardo-ottocentesca di cui il fascismo (assai più del nazionalsocialismo) si era disinvoltamente appropriato, il nesso fra legge e libertà, il ruolo strumentale della sovranità, la dimensione «critica» e progettuale del discorso giuridico.

[48] Sul recupero storiografico dell'illuminismo nel corso del Novecento cfr. G. RICUPERATI (a cura di), *La reinvenzione dei Lumi. Percorsi storiografici del Novecento*, Olschki, Firenze, 2000.

Qualità della legislazione e sistema delle fonti

di *Alessandro Pizzorusso*

1. Nel dibattito sulla qualità della legislazione [1], che in questi ultimi anni si è venuto costantemente allargando anche in Italia fino a chiamare in causa, in tutto o in parte, lo stesso sistema delle fonti del diritto, sono intervenuti recentemente due fatti nuovi, i quali potrebbero costituire il sintomo di un cambiamento di prospettiva capace di orientare verso obiettivi di maggior rilievo gli sforzi tendenti a mettere ordine in questa materia.

La prima novità risulta dal fatto che, nel corso della XIII legislatura (1996-2001), sono state presentate alcune proposte di legge, poi unificate sotto il titolo «disposizioni in materia di attività normativa» [2], tendenti appunto a dettare una disciplina generale di questo settore dell'ordinamento giuridico. Per quanto sotto il profilo tecnico il loro contenuto lasci non poco a desiderare, come è stato subito segnalato dai commentatori [3], il fatto costituisce una novità di rilievo, dato che in Italia una disciplina generale dell'attività normativa (a parte quella – peraltro ridottissima – risultante dagli articoli in tema di fonti del diritto che sono contenuti nelle «disposizioni sulla legge in generale» premesse al codice civile del 1942) finora non era mai stata tentata e dato che anche gli sforzi compiuti dalla dottrina per dare un qualche ordine sistematico alla materia si dibattono da tempo fra difficoltà sempre maggiori [4].

---

[1] Cfr., da ultimo, A. Fraga-A. Vargas, *Da qualidade da legislaçao ou de como pode lo legislador ser um fora-da-lei*, in *Legislaçao*, n. 27, 2000, p. 31 ss.

[2] Proposte di legge nn. 1665, 4868, 5151 e 6019, Cam. dep., XIII legisl., il cui testo unificato è riprodotto in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 320 ss.

[3] Cfr. A. Ruggeri, *Linee emergenti e prospettive di «razionalizzazione» in tema di norme sulla normazione (a proposito di un progetto di riordino «organico» del sistema delle fonti)*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 379 ss., ed in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, IV, Giappichelli, Torino, 2000, p. 279 ss.

[4] Come emerso da ultimo nel corso dell'importante convegno, organizzato dal Diparti-

La seconda deriva dall'art. 7, secondo comma, legge 8 marzo 1999, n. 50, che ha limitato «fino alla data di entrata in vigore di una legge generale sull'attività normativa» l'efficacia della disciplina in tema di testi unici da essa adottata, esprimendo così la volontà del Parlamento, pur se concretata soltanto in una sorta di manifestazione di intenti, di addivenire in futuro all'adozione di una disciplina del tipo di quella auspicata dalle proposte di legge summenzionate. Donde può ricavarsi, se non proprio un enunciato immediatamente e specificamente dotato di forza normativa, quanto meno un indirizzo programmatico adottato dal Parlamento e quindi qualificabile come un impegno dello Stato espresso nella forma più autorevole.

A fronte di queste prospettive è opportuno porsi alcune domande sulle quali i redattori dei progetti di legge sopra ricordati sembrano avere forse un po' troppo sorvolato. Queste consistono nel chiedersi, innanzi tutto, quali sono (e quali non sono) gli oggetti possibili e gli oggetti necessari di una tale legge. E, ancora, quale fonte debba essere impiegata per regolare tali oggetti. Se poi sia ipotizzabile (e opportuno) che una tale disciplina sia contenuta in un solo atto normativo. Se siano ammissibili (e opportune) regolamentazioni *extra vagantes*. Quale potrebbe o dovrebbe essere il regime sanzionatorio delle disposizioni che la compongono. E così via continuando.

2. L'analisi dell'attività normativa, destinata ad operare nell'ambito dell'ordinamento giuridico di un determinato Stato, può essere distinta, a fini di studio, in più gruppi di problemi, i quali vengono a costituire delle sub-materie rispetto alla materia delle fonti del diritto, un tempo costitutiva di un capitolo del diritto privato ed oggi invece sempre più attratta nell'ambito del diritto costituzionale [5], del quale costituisce ormai un settore largamente autonomo (spesso raccordato alla «giustizia costituzionale»).

Tra le possibili ripartizioni di tali gruppi di problemi, ne proponiamo qui una la quale distingue cinque sub-materie comprendenti, la prima, l'individuazione delle fonti del diritto operanti direttamente come tali nell'ambito dell'ordinamento di riferimento (nonché la disciplina dei rapporti che si stabiliscono fra tali fonti e di quelli che si stabiliscono fra l'ordinamento di riferimento ed altri con cui esso si presenta in vario modo collegato ed il regime degli atti o fatti normativi conseguentemente operanti come tali nell'ambito dell'ordinamento stesso); la seconda – riferibile soltanto alle fonti consistenti

---

mento di diritto privato «Ugo Natoli» e svoltosi a Pisa nei giorni 1-3 marzo 2001, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[5] Cfr., da ultimo, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 27-29.

in atti normativi – la disciplina del relativo procedimento di formazione (ivi compresa l'attività di valutazione dell'idoneità delle disposizioni in progetto a produrre gli effetti che i soggetti che li emanano si propongono di raggiungere); la terza, i problemi relativi all'entrata in vigore dei fatti e atti normativi (e delle norme da essi desumibili), alla loro applicabilità, alla loro modificazione o cessazione di efficacia (per abrogazione o altre cause); la quarta, i problemi relativi all'attività interpretativa mediante la quale possono essere individuate le norme applicabili alle fattispecie concrete, ricavandole dai fatti ed atti normativi corrispondenti alle diverse fonti; la quinta, i problemi della tecnica legislativa in senso stretto, cioè delle regole da osservare nella redazione dei testi mediante i quali le fonti sono rese conoscibili (e che non sempre sono dotati dell'efficacia tipica dei veri e propri atti normativi) sotto il profilo della correttezza lessicale, grammaticale e sintattica e della chiarezza espositiva.

3. Negli ordinamenti statali contemporanei, l'assetto delle fonti dipende principalmente dal carattere rigido o flessibile della costituzione che si pone al vertice del relativo sistema. Negli ordinamenti a costituzione flessibile, anche il sistema delle fonti costituisce una materia che la legge può disciplinare e pertanto fonti diverse dalla legge possono essere da essa previste e regolate. Ne consegue che le fonti diverse dalla legge si presentano in questo caso come fonti *secundum legem*, la cui forza normativa dipende da quanto stabilisce la legge che le prevede. Se tuttavia la previsione delle fonti previste e regolate dalla legge si risolve in un semplice «rinvio» ad esse, la loro forza è quella stessa della legge, come avveniva, in base alla portata originaria del codice civile del 1942, nei casi di rinvio ai regolamenti comunali, oppure ai contratti collettivi o alla consuetudine, o come accade tuttora nei casi di «delega» legislativa. Raramente gli ordinamenti statali a costituzione flessibile ammettevano che una fonte diversa dalla legge potesse operare autonomamente da essa, come nei casi di consuetudine *praeter legem*, di atti fondati sulla prerogativa regia e simili, o quando veniva considerata come fonte la necessità. Era invece ammesso che la legge potesse prevedere fonti «secondarie» (come i regolamenti dell'esecutivo e simili), le quali potevano dettare discipline attuative della disciplina stabilita dalla legge e probabilmente anche discipline non incompatibili con la disciplina legislativa a causa dell'incompletezza o della mancanza di una tale disciplina (fino a quando essa non intervenisse). Sotto questo aspetto, l'ordinamento presentava un sistema delle fonti organizzato secondo il principio gerarchico, ma la portata di questo principio era assai circoscritta.

Anche negli ordinamenti a costituzione flessibile, peraltro, un rapporto gerarchico poteva essere configurato fra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte, anche in mancanza di una esplicita previsione della

superiorità delle prime. Ciò avveniva sulla base di un rapporto di gerarchia «logica» o «strumentale», la quale comporta che un fatto o atto giuridico sia necessariamente vincolato al rispetto delle norme dalle quali deriva la sua giuridicità. Generalmente, tuttavia, in regime di costituzione flessibile non esistevano sanzioni per la violazione delle norme sulla produzione giuridica (al livello delle fonti primarie), mentre non poteva essere considerata come una sanzione, da questo punto di vista, l'eventuale inefficacia di testi normativi che costituisse conseguenza di norme autoapplicative quali, ad esempio, quelle sull'entrata in vigore e sulla cessazione di efficacia delle leggi.

Negli ordinamenti a costituzione rigida, invece, la legge veniva ad assumere una posizione subordinata rispetto alla costituzione stessa, per cui l'applicazione del principio gerarchico al sistema delle fonti si estendeva corrispondentemente. In particolare, ne derivava che non era più la legge a disciplinare il sistema delle fonti, ma la costituzione, mentre la legge poteva soltanto applicare o sviluppare le previsioni stabilite da principi e regole costituzionali. Una conseguenza di questa innovazione fu la «chiusura» a livello costituzionale del catalogo delle fonti primarie. E anche le fonti secondarie, a questo punto, trovavano fondamento nella costituzione, mentre in relazione ad esse la legge poteva soltanto sviluppare i principi costituzionali, generalmente limitati ad enunciazioni di carattere generale, senza contraddire ad essi.

Il problema della gerarchia «logica» o «strumentale» continuava a proporsi, per quanto riguarda l'efficacia delle norme autoapplicative, negli stessi termini in cui si presentava negli ordinamenti a costituzione flessibile. Più discusso risultava invece, come vedremo più oltre, il problema della sanzionabilità delle violazioni di norme sul procedimento di formazione degli atti normativi operanti al livello primario.

4. Il problema dei rapporti fra gli ordinamenti giuridici è venuto anch'esso evolvendosi con l'evoluzione che i rapporti fra i popoli hanno subito per effetto della progressiva assunzione da parte dei rapporti stessi di una dimensione mondiale. Alla teoria dei rapporti fra soggetti appartenenti a stati diversi (che aveva dato luogo ad un'apposita disciplina, oggetto di notevoli approfondimenti, denominata «diritto internazionale privato») ed alla teoria dei rapporti fra i singoli stati e la Comunità internazionale (studiata nell'ambito del «diritto internazionale»), si sono venuti aggiungendo molti nuovi problemi riguardanti i rapporti fra gli stati e le organizzazioni internazionali, le organizzazioni non governative, ecc. (inclusi, per quanto riguarda gli stati europei, quelli particolarmente importanti relativi alla Comunità europea e all'Unione europea), che si sono sommati ad altri meno recenti che interessano le confessioni religiose ed altri tipi di soggetti collettivi che per le loro caratteristiche non sono ricollegabili ad un solo ordinamento statale. Le solu-

zioni applicate in questi casi, che non è possibile qui esaminare in dettaglio, oscillano fra quelle che impiegano principalmente o esclusivamente la tecnica del rinvio (oggetto di particolare analisi scientifica nell'ambito del diritto internazionale privato) e quelle che impiegano principalmente o esclusivamente la tecnica incardinata sul principio di gerarchia delle fonti (cui si ispirano, ad esempio, coloro che ricostruiscono i rapporti di diritto internazionale e quelli di diritto comunitario secondo una concezione «monistica»). Anche in questi casi, residua un certo spazio per regole autoapplicative cui si applica una gerarchia «logica» o «strumentale».

5. Il regime degli atti normativi operanti come tali in base al sistema delle fonti statali dipende principalmente dalle previsioni di vizi da cui essi possono essere affetti e dalle conseguenze ricollegate all'accertamento di tali vizi. Per quanto l'accertamento dei vizi possa avvenire anche ad opera dei soggetti che presiedono al procedimento di formazione degli atti normativi stessi, mediante controlli preventivi o in forme del genere dell'autotutela, risultano particolarmente significative le previsioni di mezzi di impugnazione destinati a promuoverne un controllo, specialmente se di tipo giurisdizionale.

Il controllo di costituzionalità delle leggi ed il controllo di legittimità dei regolamenti dell'esecutivo sono i più raffinati fra gli strumenti di questo tipo, la cui disciplina ha precise conseguenze sulla configurazione del sistema delle fonti, essenzialmente nel senso di orientarlo in base al principio gerarchico. I controlli su impugnazione tendenti a promuovere l'«annullamento» degli atti viziati, si contrappongono ai controlli volti a promuovere la mera «disapplicazione» di essi e talora si combinano con essi. Non è il caso di soffermarci qui su maggiori dettagli, peraltro ben noti agli studiosi. Basterà osservare che, nei casi in cui il regime degli atti normativi è determinato in modo prevalente dalla disciplina dei controlli e questi sono configurati essenzialmente come controlli giurisdizionali, ne risulta accentuato, sia il grado di tutela, nei confronti delle attività di produzione normativa, dei diritti individuali o collettivi dei componenti la società, sia la garanzia obbiettiva del rispetto dei principi costituzionali.

In questo modo, il sistema delle fonti tende a tradursi in una combinazione di filtri successivi, attraverso i quali tali principi sono progressivamente sviluppati e integrati, fino a tradursi in norme concretamente applicabili ai casi concreti. L'adozione di tecniche siffatte peraltro non elimina il ruolo creativo dell'attività normativa, in ciascuno dei livelli in cui opera, che ne risulta bensì limitato, senza tuttavia che si pervenga alla soppressione del ruolo che la politica svolge in combinazione con il diritto.

Per quanto i problemi della giustizia costituzionale ed amministrativa abbiano dietro di sé una ormai ampia tradizione, sembra che un certo coor-

dinamento tra esse sarebbe necessario soprattutto qualora debba venire confermata la recente tendenza a valorizzare la fonte regolamentare, pur conservando applicabile ad essa il regime dei controlli proprio degli atti amministrativi. Come è stato molte volte messo in rilievo, infatti, in Italia il controllo della giustizia amministrativa sui regolamenti risulta sotto vari punti di vista poco efficiente.

6. La disciplina delle fonti del diritto, cioè la soluzione dei problemi indicati nei paragrafi che precedono, risulta attualmente da un complesso di disposizioni, spesso prive di una chiara sistematicità, che troviamo sparse nella Costituzione ed in molti altri atti normativi di vario tipo. Non pochi di tali problemi trovano soluzioni meramente implicite o del tutto opinabili, cosicché non è senza fondamento che può affermarsi che il livello di certezza delle regole che dovrebbero presiedere alla produzione giuridica non è maggiore di quello che è proprio delle regole riguardanti le varie materie che compongono l'ordinamento giuridico: al contrario, può affermarsi probabilmente con ragione che il loro grado di certezza è complessivamente minore della media, il che appare invero sconcertante, dato che l'incertezza sulla disciplina delle fonti si risolve in un'incertezza, per così dire, di secondo grado, in quanto si ripercuote anche sulla portata dei fatti ed atti normativi che essa regola [6]. Gli sforzi compiuti, soprattutto dalla dottrina, per elaborare una ricostruzione sistematica di queste disposizioni, anche avvalendosi dei principi costituzionali in tema di forma di stato e di governo, urtano contro gravi difficoltà derivanti dalla disorganicità della disciplina esistente, dai vuoti di normazione ed anche da non rari casi di diffusa disapplicazione di regole vigenti.

Non sembra perciò dubbia l'opportunità di un intervento razionalizzatore che riduca i fattori di incertezza e faciliti l'inquadramento sistematico della materia. Ma notevoli sono le difficoltà che esso incontra e soprattutto che esso incontrerebbe qualora fosse attuato con maggiore impegno di quanto sia accaduto finora.

7. La disciplina del procedimento di formazione degli atti normativi è stata generalmente presa in considerazione soprattutto con riferimento al procedimento legislativo parlamentare [7], dato che il procedimento di formazio-

---

[6] Cfr. altresì, da ultimo, F. Rimoli, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73 ss.

[7] Cfr., da ultimo, P. Passaglia, *Il vizio dell'«iter legis»: aspetti teorici e comparatistici*, tesi di dottorato in co-tutela Pisa-Aix en Provence, discussa il 6 aprile 2001.

ne degli atti normativi che assumono la forma del decreto si identifica per lo più (quanto meno nelle sue linee generali) con il procedimento amministrativo, i cui principi vengono conseguentemente richiamati anche in relazione ad essi, ove non risultino chiaramente derogati, e dato che i procedimenti diversi da quelli riconducibili a questi due tipi, pur esistenti, sono stati generalmente tenuti in minore considerazione dalla dottrina.

Con riferimento al procedimento legislativo parlamentare, la giurisprudenza costituzionale italiana si è venuta assestando nel senso di ritenere deducibili, in sede di controllo di costituzionalità delle leggi, soltanto i vizi derivanti da violazioni di norme costituzionali e non anche quelli derivanti da violazioni di norme stabilite dai regolamenti parlamentari [8]. E poiché le norme costituzionali regolatrici del procedimento legislativo sono poche, ciò ha contribuito a rimettere in piedi quel principio dell'insindacabilità degli *interna corporis* che l'avvento della Costituzione del 1947 aveva fatto ritenere escluso dal nostro diritto [9] e che nell'ambito degli ordinamenti dei paesi di analoga struttura costituzionale ha invece subito molti ridimensionamenti o addirittura chiari disconoscimenti.

Dato che, anche per altri aspetti, il diritto parlamentare è apparso al centro dei dibattiti relativi alle riforme costituzionali di cui si è discusso in questi ultimi anni, non pare dubbio che una valutazione dell'idoneità della disciplina del controllo di «costituzionalità formale» delle leggi attualmente vigente (sulla base del menzionato indirizzo giurisprudenziale) costituisca un passaggio importante anche in vista della determinazione dei principi su cui costruire una sistematica delle fonti degna di questo nome [10].

8. Nella disciplina del procedimento legislativo (e dei corrispondenti procedimenti di formazione di atti normativi diversi dalla legge) dovrebbero considerarsi incluse anche eventuali previsioni dell'attività di valutazione dell'idoneità dei testi normativi in progetto a produrre gli effetti che i loro promotori si propongono di raggiungere (giudizio di «fattibilità» delle leggi o

---

[8] Cfr. A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2001, pp. 146-147.

[9] A determinare questo risultato ha contributo anche la giurisprudenza costituzionale che ha escluso i regolamenti parlamentari dal novero degli «atti aventi forza di legge» suscettibili di essere sottoposti al controllo della Corte costituzionale ed ha anche per altri versi mantenuto e rafforzato l'ambito di insindacabilità dell'attività parlamentare.

[10] In particolare, sulla prospettiva di una migliore graduazione delle conseguenze delle violazioni delle norme procedimentali cfr. A. Pizzorusso, *Le deliberazioni preliminari delle assemblee parlamentari nel procedimento legislativo*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 17 ss., ed in *Scritti per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, V, p. 543 ss.

évaluation législative). Valutazioni di questo tipo sono state sempre compiute da chiunque prepari disposizioni normative di qualunque tipo per stabilire se l'approvazione di un certo testo sia, dal suo punto di vista, utile o inutile. In questi ultimi anni, tuttavia, si è manifestata l'esigenza che questo tipo di valutazioni siano condotte in modo obiettivo, affinché tutti possano farsi un'opinione in proposito, e che pertanto esse costituiscano oggetto di una regolamentazione *ad hoc*.

Studi ed esperienze hanno avuto luogo conseguentemente in vari paesi nel quadro di quel complesso di attività che sono state dedicate all'analisi della «tecnica legislativa» ma, mentre i problemi di tecnica legislativa in senso stretto non influiscono sulle valutazioni concernenti il contenuto del progetto, risolvendosi nell'individuazione della forma più corretta da dare al progetto stesso, qualunque ne sia il previsto contenuto normativo, le valutazioni di cui qui si parla possono condurre alla dimostrazione dell'inidoneità di un certo progetto a realizzare certi scopi o addirittura della sua inopportunità. In questo modo, la valutazione di fattibilità potrebbe assumere un ruolo in certa misura analogo a quello di un controllo preventivo di costituzionalità (sotto il profilo della ragionevolezza o sotto altro profilo) e potrebbe conseguentemente divenire produttivo di veri e propri effetti giuridici (a differenza di quanto finora è per lo più accaduto) [11].

Una disciplina di questo tipo di problemi potrebbe pertanto trovar posto in un eventuale testo normativo destinato a regolare la produzione normativa nel suo complesso (a differenza di quella relativa alle regole di tecnica legislativa in senso stretto, delle quali diremo più avanti).

9. La disciplina dell'entrata in vigore dei fatti e atti normativi (e delle norme da essi desumibili), della loro applicabilità, della loro modificazione o cessazione di efficacia (per abrogazione o altre cause) si distingue dalla residua disciplina del procedimento legislativo (o di altri procedimenti di formazione di atti normativi) per il fatto di essere composta (in gran parte almeno) di disposizioni autoapplicative, organizzate intorno al principio della pubblicità costitutiva cui si informa la vigente disciplina degli atti normativi.

Pur potendo essere considerata parte della disciplina del procedimento legislativo (e degli altri procedimenti analoghi) e precisamente della fase «integrativa dell'efficacia» dell'atto che costituisce il prodotto finale del procedimento stesso, questa regolamentazione si distingue per tale sua caratteristica

[11] Sul controllo della «ragionevolezza» delle leggi (e degli atti normativi in genere) cfr., da ultimo, gli atti del convegno svoltosi a Catanzaro il 1° dicembre 2000, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

dalle altre norme regolatrici del procedimento e ciò comporta che la maggior parte delle questioni che possono sorgere in sede applicativa non si presentano come relative alla sussistenza di vizi dell'atto, bensì come relative alla sua vigenza o non vigenza e applicabilità o non applicabilità, per cui debbono essere risolte da qualunque giudice e da qualunque operatore del diritto [12].

La disciplina di questa sub-materia, attualmente risultante soprattutto dagli artt. 10-11 e 14-16 delle preleggi al codice civile e dal testo unico approvato con d.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092, potrebbe ovviamente costituire anch'essa una parte essenziale di una disciplina generale dell'attività normativa [13].

10. A problemi parzialmente diversi dà luogo l'eventuale disciplina dell'attività interpretativa, che alcuni ordinamenti contengono e che altri cercano invece di escludere muovendo dal principio (talora esplicitamente affermato in passato e spesso riemergente, seppur con giustificazioni diverse) secondo cui l'unica interpretazione ammissibile sarebbe quella realizzata dallo stesso legislatore.

L'ordinamento italiano non esclude affatto l'ammissibilità di un'interpretazione del diritto da parte dei giudici [14], delle autorità amministrative e di chiunque altro debba farne applicazione, pur non escludendo nemmeno che il legislatore possa intervenire con leggi interpretative, pur se entro limiti che costituiscono oggetto di discussione [15]. Si possono così distinguere le disposizioni sull'interpretazione (principale esempio delle quali è l'art. 12 delle preleggi al codice civile, in parte tacitamente modificato per effetto della successiva evoluzione costituzionale) dalle disposizioni di interpretazione («autentica»): le prime rientrano indubbiamente nella disciplina generale ed astratta dell'attività normativa, mentre le seconde realizzano interventi di ambito particolare che spesso tendono a dare veste di attività meramente interpretativa ad attività più propriamente normative, che si ritiene così di giustificare meglio.

Con riferimento alle norme sull'interpretazione sorge pertanto prelimi-

---

[12] Naturalmente, ciò non esclude che possano aversi anche problemi di invalidità della pubblicazione o della disciplina della pubblicazione da risolvere attraverso normali impugnazioni (cfr. A. Pizzorusso, *La pubblicazione degli atti normativi*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 185 ss.).

[13] Sui problemi dell'impiego dell'abrogazione a fini di razionalizzazione della legislazione cfr. A. Pizzorusso, *L'abrogazione come strumento di semplificazione del sistema normativo*, in *Le Regioni*, 2000, p. 799 ss.

[14] Anzi, la Corte di cassazione ha come suo compito essenziale proprio quello di realizzare l'uniformità di interpretazione (art. 65, ord. giudiz., ecc.).

[15] Cfr., da ultimo, A. Gardino Carli, *Il legislatore interprete*, Giuffrè, Milano, 1997.

narmente il problema di valutare l'opportunità della loro adozione, potendo accadere che la ripetizione, nell'ambito di un testo normativo, di una regola della logica comune al cui rispetto l'interprete non potrebbe non ritenersi comunque vincolato faccia nascere problemi con riferimento ad altre regole non ripetute, ma che sarebbero di per sé applicabili nello stesso contesto. Ove si ritenga di riprodurre in un testo normativo regole di questo genere, sorge pertanto il problema di decidere quali di esse vadano riprodotte, problema che non sempre può ritenersi di facile soluzione [16].

11. Per delimitare l'oggetto di un'eventuale disciplina dell'attività normativa resta infine da considerare quale debba essere l'atteggiamento da tenere nei confronti delle regole che sono state elaborate, soprattutto in questi ultimi tempi, per disciplinare la «tecnica legislativa» in senso stretto. Con riferimento ad esse, l'opinione assolutamente dominante è nel senso che non si tratti di vere norme giuridiche (e che esse non debbano essere giuridicizzate), per cui il vincolo che esse sono in grado di esprimere è soltanto quello persuasivo, esercitabile in via preventiva in vista della loro applicazione. Questo non esclude affatto la possibilità che i testi contenenti violazioni di regole di questo genere possano costituire oggetto di correzioni tendenti all'eliminazione di tali violazioni, ma ciò può avvenire soltanto attraverso procedure diverse da quelle fin qui considerate, poiché l'applicazione a queste violazioni di meccanismi di tipo sanzionatorio risulterebbe sproporzionata rispetto al ruolo che di queste regole è proprio.

Sembra pertanto che la sede in cui esse possano venir più opportunamente raccolte non sia una eventuale legge generale sull'attività normativa, ma sia una direttiva simile a quelle che sono state adottate fin qui in Italia e altrove [17].

12. Tornando ora alle domande che ci eravamo posti all'inizio, possiamo impostare una possibile risposta distinguendo innanzi tutto le materie che dovrebbero costituire oggetto di una regolamentazione giuridica (cioè di norme sanzionate quanto meno mediante la previsione di nullità per le relative violazioni, anche se nulla impone che si tratti di nullità assolute e insanabili) dalle materie la cui disciplina costituisce soltanto una guida per il legislatore, per quanto importante. Quest'ultimo è il caso delle norme sulla tecnica legi-

---

[16] Si può richiamare, a questo proposito, la tradizione anglosassone degli *Interpretation Acts* e delle celebri *rules of interpretation* giurisprudenziali, che molto spesso hanno dato luogo a problemi assai maggiori di quelli che essi hanno contribuito a risolvere.

[17] Cfr. R. PAGANO (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, Camera dei deputati, Roma, 1997.

slativa intesa in senso stretto (non invece, come abbiamo visto, o almeno non necessariamente, è il caso delle norme sulla fattibilità).

Tra le sub-materie che rientrano nella disciplina in esame occorre quindi distinguere dalle altre quelle riguardanti la vigenza o non vigenza, applicabilità o non applicabilità dei fatti o atti normativi, le quali sono caratterizzate dal regime di autoapplicabilità che è loro proprio. Ciò comporta che il mancato rispetto di esse, di regola, non determina una vera e propria violazione delle medesime, ma un effetto autonomo che consiste nella loro mancata vigenza o nella loro inapplicabilità. I loro effetti, pertanto, sono indipendenti dalla loro collocazione nella gerarchia delle fonti e dànno luogo ad una gerarchia «logica» o «strumentale» nell'ambito della quale esse hanno una posizione superiore a quella di tutte la altre fonti [18].

In conseguenza di ciò, potrebbe prospettarsi, a prima vista, l'opportunità che tutte le norme sulla produzione giuridica debbano trovare collocazione ad un livello della gerarchia delle fonti superiore a quello delle disposizioni e norme prodotte, ma una tale soluzione risulterebbe chiaramente impraticabile, sia perché anche la fonte «suprema» cui si facesse ricorso dovrebbe essere a sua volta regolata da norme sulla produzione giuridica (per cui il problema si riprodurrebbe all'infinito, non sembrando adeguate le soluzioni che sono state talora proposte per risolverlo), sia perché le conseguenze che ne deriverebbero appaiono sproporzionate agli obiettivi che si dovrebbero conseguire per mezzo di questi meccanismi.

Ne deriva, da un lato, che una qualche gerarchia meramente «logica» o «strumentale» è comunque ineliminabile e, dall'altro lato, che per la funzionalità del sistema delle fonti è sufficiente che la costituzione contenga i principi del sistema stesso, sulla base dei quali possono aversi fonti subordinate che li sviluppano o integrano, alla sola condizione di non porsi in contrasto con essi. Fra questi principi dovrebbe trovar posto anche quello che impone l'osservanza da parte del legislatore (a qualunque livello esso operi) delle norme sulla produzione giuridica che risultano gerarchicamente sovraordinate sulla base di una gerarchia «logica» o «strumentale», salva la possibilità di impugnare la norma procedurale per la sua eventuale incompatibilità con principi costituzionali sostanziali. Non bisogna d'altronde dimenticare che, come tutti i principi o le norme anche costituzionali, anche i principi in materia di sistema delle fonti sono pur sempre modificabili, nonostante che si tratti di una materia che presenta un tasso di tecnicismo molto elevato.

Ne deriva altresì che una disciplina esplicita e per quanto è possibile com-

[18] Questa caratteristica delle disposizioni in esame non esclude però del tutto, come abbiamo visto, che anche il principio di gerarchia delle fonti possa operare, entro certi limiti, anche in relazione ad esse.

pleta di questa materia è auspicabile, così come lo è per qualunque altra materia, e ne deriva altresì l'opportunità – cui si sono dimostrati scarsamente sensibili, sia i costituenti italiani del 1947, sia i riformatori incompiuti di questi ultimi anni – di inserire innanzi tutto nella costituzione i principi necessari per la costruzione di un adeguato sistema delle fonti e, in base a tali principi, adottare le discipline necessarie. L'eventualità di riunire tali discipline in una sola legge generale sul sistema delle fonti è da valutare con favore, ma le esigenze della contestualità non debbono indurre a rinunciare a collocare nella costituzione i necessari principi, senza i quali la stabilità della costruzione legislativa può risultare incerta [19].

Le esigenze della contestualità non comportano d'altronde neppure l'illegittimità o l'assoluta inopportunità di regolamentazioni *extra vagantes*, non potendosi evidentemente escludere che, successivamente alla redazione della legge generale qui ipotizzata, si manifestino bisogni di regolamentazione la soddisfazione dei quali non implichi necessità di riscrittura dell'intera legge [20]. Quello che appare però inammissibile è l'adozione, in relazione a particolari materie, di regole le quali non tengano alcun conto dei principi generali vigenti senza che ciò sia giustificato da esigenze specifiche [21].

---

[19] Con riferimento all'esperienza italiana recente, appare evidente come la mancanza di chiare indicazioni costituzionali circa la disciplina del potere regolamentare dell'esecutivo abbia determinato gravi incertezze. Del pari, un breve articolo costituzionale potrebbe dare maggiore sicurezza all'impiego dei testi unici, fin qui sempre avvenuto in un regime che non sarebbe eccessivo definire caotico. È pertanto un evidente errore avere puntato sui testi unici come strumento di semplificazione legislativa generalizzata (con l'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50), senza introdurre anche una regola costituzionale che eliminasse i dubbi circa la loro efficacia normativa (cfr., da ultimo, N. Lupo, *La prima legge annuale di semplificazione. Commento alla legge n. 50 del 1999*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 134 ss.; F. Mautino-R. Pagano, *Testi unici. La teoria e la prassi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 21 ss.). Altrettanto gravi sono le difficoltà della «delegificazione», efficacemente analizzate, da ultimo, da F. Modugno, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 1 ss., spec. p. 12 ss.; F. Sorrentino, *Legalità e delegificazione*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3 ss. Un caso in cui l'intervento a livello costituzionale si è avuto, ma la sua imperfetta formulazione ha determinato il persistere di gravi incertezze (cfr. R. Tosi, *La competenza regolamentare dei consigli regionali (abrogazione, illegittimità costituzionale o altro ancora?)*, in *Quaderni cost.*, 2001, p. 123 ss.), è invece quello che risulta dalla modifica dell'art. 121 Cost., tendente a restituire il potere regolamentare alle giunte regionali conformemente ad un'esigenza da tutti avvertita fin da quando le regioni sono state costituite, ma perseguita con una modifica testuale non pienamente adeguata.

[20] È tuttavia appena il caso di notare che in una materia come questa il ricorso alla tecnica dell'emendamento testuale appaia obbligato.

[21] Un esempio particolarmente negativo di questo genere è offerto dalla legge 27 luglio 2000, n. 212, sullo «statuto dei diritti del contribuente», la quale contiene una serie di disposizioni in materia di fonti del diritto tributario dotate di incerta efficacia.

Infine, i problemi probabilmente maggiori riguardano la determinazione del regime sanzionatorio da prevedere per le inosservanze delle norme sulla produzione giuridica. L'affermazione del principio di legalità (corrispondente al *Rechtstaat* elaborato dalla dottrina tedesca ed alla *rule of law* della tradizione anglosassone) implica che qualunque atto dei pubblici poteri debba essere suscettibile di ricorso, anche se le vie di ricorso non possono essere illimitate (e il limite finale è determinato dal giudicato, dalla decadenza, dalla prescrizione o da altri eventuali ostacoli analoghi). In pratica, tuttavia, l'estensione della sindacabilità agli atti normativi ha incontrato non lievi ostacoli nella diffidenza del potere politico contro ogni forma di controllo (donde le molte «immunità del potere») ed in particolare nei timori di un «governo dei giudici», ecc.

Nell'attuale diritto italiano, molte delle barriere frapposte in passato contro i controlli degli atti normativi sono cadute, ma permangono taluni «vuoti» di tutela e talune incongruenze di carattere tecnico. Un'analisi degli inconvenienti di questo tipo sarebbe assai lunga e non può essere svolta in questa sede. Ci limiteremo a segnalare, fra quelli di maggior rilievo, il problema degli *interna corporis* parlamentari (che non riguarda soltanto la tutela contro gli atti normativi delle camere) e la discrasia esistente fra la tutela contro le leggi, realizzata dalla giustizia costituzionale, e la tutela contro i regolamenti, realizzata dalla giustizia amministrativa, entrambe sopra menzionate. Affidata ad enunciazioni giurisprudenziali di portata assai vaga ed incerta è altresì la tutela nei confronti delle leggi costituzionali, che indubbiamente avrebbe bisogno quanto meno di qualche precisazione, mentre nella confusione più completa opera ormai un istituto come il referendum abrogativo (a causa delle deficienze tecniche della legge regolatrice e del modo in cui esso è stato utilizzato da parte di movimenti che fanno della demagogia più estrema uno strumento di lotta politica) e l'elenco potrebbe continuare.

Ma, accanto ad una disciplina capace di portare all'eliminazione dei vizi degli atti normativi effettivamente prodotti in base alle fonti regolate dal diritto vigente, una legge generale sulle fonti dovrebbe anche prevedere procedure tendenti al riordinamento delle discipline normative ed alla realizzazione di una loro maggiore sistematicità. In vista del perseguimento di questi obiettivi, evidentemente, è oggi possibile e doveroso avvalersi degli strumenti offerti dal progresso scientifico, a cominciare da quelli propri dell'informatica. Ma è evidente che tali strumenti, per quanto preziosi, non possono raggiungere risultati decisivi se la loro opera non è guidata da regole che consentano di superare gli ostacoli che derivano dalla necessità di tenere conto di altre esigenze, la cui importanza non è certo minore di quelle di carattere tecnico ed efficientistico. Così, ad esempio, l'esigenza che il diritto prodotto mediante procedure rispettose dei principi che caratterizzano i regimi demo-

cratici risulti da atti normativi il cui contenuto espressivo è determinato essenzialmente da dibattiti di tipo politico (nell'ambito dei quali l'esigenza di rispettare la tecnica legislativa e i principi del sistema delle fonti viene spesso sacrificata ad esigenze di altro genere – e talora anche di carattere puramente demagogico) non esclude che si possa prevedere un'attività di riordinamento sistematico dei materiali normativi prodotti dagli organi costituzionali ad opera di tecnici, la cui opera sia comunque soggetta – come avviene in alcuni paesi – ad un'approvazione di un organo politico che dia ai testi rielaborati la forza normativa propria delle fonti del diritto. Queste ed altre misure potrebbero anch'esse costituire oggetto di disciplina ad opera di una legge generale sulle fonti [22], ove si riconosca che non vi è alcun motivo perché i progressi compiuti dall'umanità attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnica non debbano trovare applicazioni pratiche anche nel campo proprio delle scienze giuridiche e politiche, del quale ovviamente la legislazione (e più in generale la normazione) costituisce un settore non meno progredito di altri, anche se i loro apporti sono quasi sempre sacrificati a presunte esigenze «pratiche» o «politiche» [23] a fronte delle quali il ricorso alle conquiste della scienza e della tecnica diverrebbe inutile o inopportuno.

---

[22] Per ulteriori indicazioni cfr. A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999.

[23] Come è noto, questo tipo di atteggiamento fu analizzato criticamente in un saggio di I. KANT (*Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»* [1793], tr. it. in F. GONNELLI (a cura di), *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Bari, 1995, p. 123 ss.).

Le presidenziali americane del 2000 ovvero la deriva giudiziaria della democrazia rappresentativa

di *Antonio Zorzi Giustiniani*

SOMMARIO: 1. Le elezioni presidenziali del 2000: cronaca di una inedita disputa giudiziaria. – 2. Il Collegio dei grandi elettori e i paradossi dell'investitura indiretta. – 3. Elezioni controverse ed *Electoral Count Act.* – 4. La Corte Suprema della Florida privilegia l'accertamento della volontà dell'elettore (*Harris I*). – 5. La prima sentenza della Corte Suprema federale (*Bush I*) tra affermazioni di principio e cauto *self-restraint.* – 6. Volontà dell'elettore e *undervotes* nella sentenza *Harris II.* – 7. La Corte di Tallahassee ribadisce la non perentorietà del termine legale per la certificazione dei risultati emendati a seguito di *manual recount (Harris III).* – 8. La Corte Suprema federale *(Bush II)* invoca *standards* uniformi di scrutinio, ma nel contempo blocca i conteggi manuali. – 9. Ambiguità del dispositivo e difetto di giurisdizione della Corte Suprema federale alla luce delle *dissenting opinions* nel caso *Bush II.* – 10. Precisazioni a futura memoria della Corte Suprema della Florida nella sentenza *Harris IV.* – 11. Valutazioni conclusive.

1. Le elezioni presidenziali del 2000: cronaca di una inedita disputa giudiziaria.

Tutti gli osservatori erano convinti che la competizione elettorale per la Casa Bianca tra il governatore del Texas George W. Bush e il vicepresidente in carica Albert Gore Jr. si sarebbe giocata sul filo del rasoio e i sondaggi dell'ultima ora confermavano l'estrema incertezza dell'esito finale. Nessuno, tuttavia, poteva immaginare che questo serrato confronto sfociasse nella più lunga e inedita crisi istituzionale che abbia mai investito il meccanismo di selezione del *Chief Executive* dal varo della Carta di Filadelfia a tutt'oggi. È un fatto che, per la prima volta nella storia, l'America è rimasta con il fiato sospeso per ben 35 giorni dopo l'*Election Day* in attesa di conoscere il nome del Presidente eletto e solo il 12 dicembre la situazione si è sbloccata grazie a una contrastata pronuncia della Corte Suprema, che, assegnando la palma della vittoria al *ticket* repubblicano, ha di fatto caducato, per cessazione della

materia del contendere, tutto il contenzioso postelettrorale innescato dai ricorsi dei due candidati e dei loro sostenitori.

Questa in sintesi la cronaca delle cinque settimane di schermaglie politiche e giudiziarie, nelle quali la democrazia americana ha rischiato di rimanere impaniata.

Poche ore dopo la chiusura dei seggi, le proiezioni diffuse dalla CNN e dai maggiori *networks* televisivi assegnano la vittoria a Bush, attribuendogli un margine di circa 50.000 voti in Florida, lo Stato più conteso essendo i suoi 25 grandi elettori decisivi per far scattare il *quorum* di 270 voti su 538. Bush e Gore possono contare, infatti, rispettivamente su 246 e 260 grandi elettori già assegnati e lo stesso risultato dell'Oregon, ancora incerto, non potrebbe cambiare l'esito finale delle elezioni. Gore ritiene, dunque, di dover telefonare a Bush per ammettere la propria sconfitta.

Dopo meno di un'ora, sulla strada per Nashville (Tennessee), dove si sta recando per pronunciare il suo discorso ufficiale di candidato sconfitto (*concession address*), Gore viene raggiunto dai suoi collaboratori che, dati alla mano, lo convincono a soprassedere alla *concession*, attesa la estrema esiguità del margine a favore di Bush, vincitore in Florida per poche centinaia di voti.

A scrutinio ultimato, la *Division of Elections* del «*Sunshine State*» comunica che il candidato repubblicano ha riportato 2.909.135 voti contro i 2.907.351 voti del suo avversario democratico. Poiché la differenza di soli 1.784 voti è inferiore allo 0,5% dei voti espressi, viene effettuato, a norma della sez. 102.141(4) *Florida Statutes*, un secondo conteggio automatico, che porta a una netta riduzione dello scarto di voti a favore di Bush, attestatosi, stando ai dati ufficiosi diffusi dalla *Associated Press*, a quota 327.

Gore, a questo punto, avvalendosi di un diritto attribuito al candidato sconfitto dalla sez. 102.166 *Florida Statutes*, presenta formali richieste di spoglio manuale (*manual recount*) agli uffici elettorali (*canvassing boards*) delle quattro contee di *Volusia*, *Palm Beach*, *Broward* e *Miami-Dade*, nelle quali lo scrutinio aveva evidenziato scarti minimi tra i due candidati. In conformità alla sez. 102.166(4)(d), gli uffici elettorali di contea effettuano uno spoglio manuale a campione di almeno l'1% delle schede votate e da questi nuovi conteggi Gore ottiene 4 voti in più nella contea di *Broward* e ulteriori 19 voti nella contea di *Palm Beach*. Alla luce di questi riscontri, gli uffici elettorali delle predette contee segnalano degli errori nel conteggio dei voti (*vote tabulation*) che avrebbero potuto modificare l'esito finale delle elezioni e, di conseguenza, deliberano di procedere a un nuovo conteggio manuale esteso a tutta la contea a mente della sez. 102.166(5).

I consulenti legali di Bush cercano di ostacolare codeste iniziative e chiedono alla *U.S. District Court for the Southern District of Florida* di bloccare i conteggi manuali: questo primo ricorso dà la stura a molteplici azioni giudi-

ziarie, promosse dai *legal teams* dei due candidati o da semplici fiancheggiatori dinanzi a corti statali e federali, nelle quali si invoca, di volta in volta, la sospensione o la prosecuzione degli scrutini manuali, la certificazione dei risultati o la loro sospensione, l'accesso alle schede o l'acquisizione dei risultati delle schede votate all'estero (*absentee ballots*).

Nel frattempo, il *canvassing board* della contea di *Palm Beach*, convinto che i nuovi conteggi non sarebbero stati ultimati entro sette giorni dall'*Election Day*, come prescritto dalle sez. 102.111 e 102.112 *Florida Statutes*, sollecita un intervento chiarificatore alla *Division of Elections* e ne ottiene la *advisory opinion DE 00-10*, in cui si sostiene che, per essere utilmente inclusi nella certificazione dei risultati complessivi a livello statale (*statewide results*), i risultati emendati delle singole contee devono pervenire, salvo circostanze impreviste (*unforeseen circumstances*), entro le ore 17 del settimo giorno successivo all'*Election Day*. Facendo leva su codesto parere, il segretario di Stato e *Chief Election Officer* della Florida, Katherine Harris, – *co-chairwoman* della campagna elettorale di Bush nel suo Stato, – il 13 novembre emette un comunicato (*statement*), nel quale annuncia che avrebbe ignorato i risultati dei nuovi conteggi manuali ricevuti dal dipartimento di Stato dopo le ore 17 del 14 novembre.

Lo stesso lunedì 13 novembre, il *canvassing board* della contea di *Volusia*, che aveva per prima iniziato lo spoglio manuale, presenta, con l'intervento adesivo del *board* di *Palm Beach*, un ricorso contro la Harris alla *trial court* di circuito della contea di *Leon*, nel quale si chiedono una pronuncia di accertamento (*declaratory judgement*) e un'ordinanza ingiuntiva (*injunctory relief*), tese a differire il termine per la trasmissione dei risultati elettorali corretti a seguito del *manual recount*. In pari data, viene respinta dalla corte distrettuale federale [1] la richiesta di sospensione dello spoglio manuale avanzata dai repubblicani, i quali interpongono appello alla *U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit*.

Il 14 novembre il giudice Terry Lewis della *Leon County Circuit Court* [2], pur confermando in via di principio che alle ore 17 sarebbe scattata la *statutory deadline*, interpretata come termine perentorio, statuisce che rientra nella discrezionalità del segretario di Stato decidere se prendere o meno in considerazione i risultati emendati pervenuti oltre tale scadenza, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze del caso (*after «considering all attendant facts and*

---

[1] *Siegel v. Lepore*, No. 00-9009. Le sentenze più rilevanti nel contenzioso post-elettorale sono riportate in S. Issacharoff-P.S. Karlan & R.H.Pildes, eds., *When Elections Go Bad. The Law of Democracy and the Presidential Elections of 2000*, New York, 2001, nonché in *Bush v. Gore. The Court Cases and the Commentary*, Washington, D.C., 2001.

[2] *Case* No. 00-2700.

circumstances»). I *boards* di *Volusia* e *Palm Beach* ovviamente interpongono appello avverso codesta decisione alla *First District Court of Appeal*.

La Harris, dal suo canto, appoggiandosi su questa pronuncia, dà istruzioni ai *Supervisors of Elections* di predisporre entro le ore 14 di mercoledì 15 novembre una attestazione scritta (*written statement*) dei fatti e circostanze che giustificano a loro avviso la opportunità di modificare i risultati certificati precedentemente trasmessi. Le ragioni esposte nei rispettivi *statements* dalle quattro contee impegnate negli scrutini manuali vengono comunque respinte seduta stante dal segretario di Stato, che annuncia di volersi attenere ai primi totali inizialmente asseverati dalle dette contee e di apprestarsi a certificare i risultati della elezione presidenziale sabato 18 novembre, una volta ricevuti da ciascuna contea i dati numerici dei voti espressi dagli elettori all'estero (*overseas absentee ballots*). La Harris, nel contempo, invoca senza successo dalla Corte Suprema della Florida un'ordinanza di sospensione dei conteggi manuali in corso [3] e non riesce a impedire la prosecuzione degli scrutini nelle contee di *Palm Beach* e *Broward*.

Giovedì 16 novembre il partito democratico della Florida e Albert Gore presentano un ricorso (*motion*) alla *Circuit Court* della contea di *Leon*, in cui si chiede di intimare al segretario di Stato di accettare i risultati corretti. La corte nega il provvedimento (*relief*) invocato in una succinta ordinanza emessa *ad horas*, che viene tempestivamente impugnata dinanzi alla corte d'appello del primo distretto. Il gravame, unitamente a quello pendente, interposto dalla contea di *Volusia*, viene «certificato» alla Corte Suprema della Florida, che ritiene impegnata la propria competenza sulla base della c.d. giurisdizione trasversale (*«pass-through» jurisdiction*) e intima alla commissione elettorale statale (*Elections Canvassing Commission*) di astenersi, fino a nuovo ordine, dal certificare i risultati delle elezioni presidenziali.

Il giorno successivo, certamente incoraggiato dal provvedimento cautelare testè emesso dalla Corte Suprema statale, il *canvassing board* della contea di *Miami-Dade*, la più popolosa della Florida, modificando una precedente delibera, decide di estendere a tutta la contea lo spoglio manuale, che viene avviato immediatamente, stante la reiezione, ad opera della corte d'appello dell'undicesimo circuito, dell'istanza di sospensione dei *manual recounts* avanzata dal *Grand Old Party*.

Il 18 novembre, dopo lo spoglio delle schede votate all'estero, i risultati ufficiosi evidenziano un margine per Bush di 930 voti, superiore ai 286 voti di vantaggio stimati dalla *Associated Press* a tutto il 15 novembre. Tre giorni dopo viene, quindi, depositata la prima sentenza della Corte Suprema della

[3] SC00-2345.

Florida[4], – che per comodità designeremo come *Harris I*, – nella quale, escluso il carattere perentorio della *statutory deadline*, si dispone lo slittamento del termine per la presentazione delle nuove certificazioni alla *Elections Canvassing Commission* fino alle 17 di domenica 26 novembre 2000 e si autorizza, di conseguenza, la prosecuzione dei conteggi manuali in corso. Nonostante il differimento disposto dalla Corte di Tallahassee, la contea di *Miami-Dade*, disperando di poter ultimare lo scrutinio manuale entro il 26 novembre, decide di sospendere il *manual recount* tra vivaci proteste dei democratici, i quali non riescono, peraltro, a ottenere dalla *Third District Court of Appeal* statale un'ingiunzione che imponga al *canvassing board* di *Miami-Dade* la ripresa dello scrutinio manuale.

Il 24 novembre nuovo colpo di scena: la Corte Suprema degli Stati Uniti, contrariamente alle previsioni degli osservatori, dichiara ammissibile la *petition for a writ of certiorari* presentata da Bush per la riforma della sentenza *Harris I* emessa dalla *Florida Supreme Court*. Intanto, scaduto il nuovo termine del 26 novembre, la Harris rende noti i risultati ufficiali delle elezioni, che danno Bush vincente su Gore per 537 voti, senza tuttavia tener conto dei risultati emendati a seguito degli scrutini manuali relativi alla contea di *Palm Beach*, pervenuti con due ore di ritardo. Il 27 novembre Jeb Bush, governatore della Florida e fratello del candidato repubblicano, sottoscrive il *certificate of ascertainment*, che, assegnando a George W. Bush i 25 voti elettorali della Florida, di fatto decide la competizione elettorale. Gore ovviamente non ammette la sconfitta e impugna, con la procedura di *contest*, la certificazione dei risultati dinanzi alla *Circuit Court* della contea di *Leon* con sede nella capitale della Florida, ottenendo come primo risultato un'ordinanza a firma del giudice Sanders Sauls, che dispone la spedizione a Tallahassee, per un eventuale nuovo conteggio manuale, di tutte le schede delle contee di *Palm Beach* e *Miami-Dade*.

Si fa strada, intanto, la proposta di convocare in sessione straordinaria il corpo legislativo statale, controllato da una netta maggioranza repubblicana, per la designazione dei grandi elettori della Florida, in caso di mancata soluzione del contenzioso entro il sesto giorno antecedente il 18 dicembre, data prescritta dalla legge federale per la riunione del Collegio Elettorale.

Il 4 dicembre il giudice Sauls respinge il ricorso di Gore, ritenendo non provata la circostanza che, effettuando nuovi conteggi manuali, sarebbe cambiato l'esito finale della consultazione elettorale. Lo stesso giorno la Corte

[4] *Palm Beach County Canvassing Board v. K. Harris, etc., et al., Volusia County Canvassing Board v. K. Harris, ecc., et al. & Florida Democratic Party v. K. Harris, ecc., et al.* – Nos. SC00-2346, SC00-2348 & SC00-2349 – November 21, 2000.

Suprema degli Stati Uniti si pronuncia per la prima volta sulla vicenda elettorale depositando una sentenza di annullamento con rinvio [5], – che per comodità designeremo come *Bush I*, – della decisione *Harris I*, con la quale la Corte Suprema della Florida aveva «arbitrariamente» esteso in via interpretativa la *statutory deadline* per la trasmissione dei risultati elettorali di contea dal 14 al 26 novembre.

L'8 dicembre interviene di nuovo la Corte Suprema statale, che accoglie, – questa volta con una risicata maggioranza (quattro a tre), – l'appello interposto da Gore avverso la sentenza del giudice Sauls e dispone procedersi a nuovo scrutinio manuale in tutte le contee della Florida, nelle quali vi sia un numero significativo di schede bianche o presunte tali (c.d. *undervotes*). La sentenza [6], – che per brevità citeremo come *Harris II*, – viene prontamente impugnata da Bush dinanzi alla Corte Suprema federale, la quale, su conforme richiesta dell'appellante, il 9 dicembre, con un solo voto di maggioranza (cinque a quattro), emette una succinta ordinanza di sospensione (*stay order*) dei conteggi manuali, preannunciando nella *concurring opinion* del giudice Scalia che «*the petitioner has a substantial probability of success*» [7]. I democratici incassano, dunque, una prima pesante sconfitta, che si aggiunge alla sentenza di rigetto, – pronunciata l'8 dicembre dalla *Circuit trial court* di Tallahassee, – del ricorso mirante a escludere dal computo finale circa 25.000 schede votate all'estero da elettori delle contee a maggioranza repubblicana *Seminole* e *Martin*.

L'11 dicembre a Washington si svolge la pubblica udienza dinanzi alla Corte Suprema, nella quale si contrappongono la tesi di Bush, che taccia l'Alta Corte della Florida di abuso di potere, e quella di Gore, che ritiene la Corte federale carente di giurisdizione in materia elettorale. Democratici e repubblicani rimangono in fiduciosa attesa di una pronuncia dei nove saggi del Tempio di Marmo, ma il partito di Bush ha già ottenuto la convocazione delle due Camere della Legislatura di Tallahassee per procedere, in caso di soccombenza in sede giudiziaria, alla designazione parlamentare di 25 grandi elettori repubblicani entro il 12 dicembre [8]. Questa cautela si rivelerà inutile.

---

[5] *George W. Bush v. Palm Beach County Canvassing Board, et al.* – No. 00-836 – December 4, 2000, 531 U.S. 70 (2000).

[6] *Albert Gore, and Joseph I. Liberman v. K. Harris, as Secretary, ecc., et al.* – No. SC00-2431 – December 8, 2000.

[7] *George W. Bush, et al. v. Albert Gore, Jr., et al.*, On Application for Stay, No. 00-949, December 9, 2000.

[8] I rapporti di forza tra maggioranza repubblicana e opposizione democratica nella Legislatura della Florida a tutto il 12 dicembre 2000 erano rispettivamente di 79 contro 21 alla Camera e di 25 contro 15 al Senato.

Difatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 12 dicembre pone fine alle molteplici dispute giudiziarie con una sentenza [9], – nota come *Bush II*, – *tranchante* e aspramente criticata dai quattro *Justices* dissenzienti, che annulla con rinvio la pronuncia emessa dalla *high court* statale nel caso *Harris II*. A Tallahassee, la Corte Suprema della Florida deposita lo stesso giorno la sentenza [10], – che si designa come *Harris III*, – emessa a seguito del primo annullamento con rinvio da parte della Corte di Washington (*Bush I*), dove, – quasi a sottolineare che tra le due Corti si svolge un dialogo tra sordi, – ribadisce la sua precedente *opinion*.

La Corte Suprema federale non nega in via di principio la possibilità di ricontare manualmente i voti, ma sostiene che è evidentemente impossibile ultimare lo scrutinio entro il termine stabilito dalla legge federale, che viene a coincidere nell'anno 2000 con la stessa data di deposito della sentenza, ovvero sei giorni prima della riunione dei grandi elettori fissata per il 18 dicembre, primo lunedì successivo al secondo mercoledì di dicembre. Gore non può che prendere atto del verdetto sfavorevole e, con grande *fair play*, nella notte del 13 dicembre, dal suo ufficio di Washington nell'*Eisehnower Executive Office Building*, dichiara*: «Tonight, for the sake of our unity as a people and the strength of our democracy, I offer my concession*», e, quasi a ricucire gli strappi istituzionali provocati dalla estenuante sfida postelettorale, soggiunge: «*I also accept my responsibility, which I will discharge unconditionally, to honor the new president-elect and do everything possible to help him bring Americans together in fulfillment of the great vision that our Declaration of Indipendence defines, and that our Constitution affirms and defends*».

A vicenda conclusa, la Corte Suprema della Florida deposita il 20 dicembre l'ultima sentenza della serie [11], – che etichettiamo come *Harris IV*, – emessa a seguito dell'annullamento con rinvio decretato dalla *U.S. Supreme Court* il 12 dicembre (*Bush II*). La Corte di Tallahassee, con serenità e distacco, a conferma delle sue buone ragioni, ribadisce l'ambiguità della legislazione elettorale, e, per bocca del giudice Shaw, autore di una saggia *concurring opinion*, sottolinea, in modo velatamente polemico, come il Potere Giudiziario

---

[9] *George W. Bush, et al. v. Albert Gore, Jr., et al.* – No. 00-949 – December 12, 2000, 531 U.S. 98 (2000). La traduzione italiana dell'opinione *per curiam* si può leggere in *Giur. cost.*, 2000, fasc. 6, p. 4449 ss., seguita da un'osservazione di M. Cerase, *Le elezioni presidenziali del 2000 innanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, p. 4456 ss.

[10] *Palm Beach County Canvassing Board v. K. Harris, etc., et al., Volusia County Canvassing Board, et al. v. K. Harris, etc., et al. & Florida Democratic Party v. K. Harris, etc., et al.*, Nos. SC00-2346, SC00-2348 & SC00-2349 – December 12, 2000.

[11] *Albert Gore, and Joseph I. Liberman v. K. Harris, as Secretary, etc., et al.* – No. SC00-2431 – December 22, 2000.

non sia, in fin dei conti, riuscito ad accertare la verità, ovvero chi ha effettivamente vinto le elezioni presidenziali in Florida, poiché questa verità rimarrà racchiusa nelle stanze dove sono stivate le schede non conteggiate di migliaia di elettori del «*Sunshine State*».

2. Il Collegio dei grandi elettori e i paradossi dell'investitura indiretta

Prima ancora di entrare nel merito delle pronunce delle due Corti Supreme, – statale e federale, – che hanno scandito la disputa giudiziaria tra i due aspiranti al seggio presidenziale, è opportuno illustrare il quadro normativo che regola a livello federale e statale il procedimento di investitura della massima carica elettiva degli Stati Uniti.

I Padri Fondatori, uomini del «secolo dei lumi», avevano una idea della rappresentanza che escludeva il suffragio diretto e, comunque, lo stemperava in meccanismi di investitura di secondo grado, capaci di attutire l'impatto della base elettorale sui titolari di cariche istituzionali. A questa regola non fa eccezione il Capo dell'Esecutivo, succedaneo repubblicano del Monarca inglese, chiamato a incarnare l'unità dello Stato federale e a dare fedele attuazione alle delibere del Congresso, organo collegiale titolare della potestà legislativa e vero baricentro del sistema, destinato a bilanciare, col doppio criterio di rappresentanza, – proporzionale alla Camera e paritaria al Senato, – la pari dignità politica rivendicata dagli Stati membri con la loro diversa consistenza demografica.

Il Collegio Elettorale, cui l'Art. II, sez. I, cl. 2 della Costituzione affida la scelta del Presidente, configura oggi un metodo di elezione popolare indiretta, ma tale non era l'intendimento dei Costituenti, i quali vollero lasciare piena autonomia agli Stati in questo campo. Ciascuno Stato avrebbe dunque stabilito, «*in such Manner as the Legislature thereof may direct*», chi e come doveva designare i suoi grandi elettori, fermi restando il vincolo numerico, – costituito dalla somma dei due senatori e dei rappresentanti assegnati allo Stato in sede di periodico *apportionment*, sulla base dei risultati del censimento decennale della popolazione residente, – e le cause di ineleggibilità, – tese ad escludere il cumulo della carica di parlamentare o di funzionario onorario o retribuito (*Person holding an Office of Trust or Profit*) degli Stati Uniti con quella di grande elettore.

Il numero di grandi elettori assegnati a ciascuno Stato mira a riprodurre nel Collegio Elettorale il doppio criterio di rappresentanza previsto per le due Camere del Congresso ed è la riprova che i *Framers* non volevano altera-

re neanche in questo caso il delicato equilibrio tra Stati grandi e Stati piccoli sancito nel c.d. *Connecticut Compromise*. Che poi questo sistema, – introdotto su proposta di James Monroe, delegato alla Convenzione per lo Stato della Virginia, – favorisse inizialmente gli Stati schiavisti del Sud, i quali potevano computare per i 3/5 la popolazione negra ai fini della rappresentanza, non incide più di tanto sulla opzione di fondo operata a Filadelfia e sulla sua *ratio*.

La previsione del Collegio Elettorale rispondeva anche all'esigenza di affidare la selezione del candidato più idoneo a ricoprire la carica presidenziale a un organismo collegiale di notabili in grado di deliberare con sagacia e cautela al riparo da pressioni demagogiche. Questa commendevole finalità è stata del tutto obliterata quando gli Stati, a partire dalla prima metà del XIX secolo, hanno trasferito dalla Legislatura al popolo il potere di designazione dei grandi elettori. Quel prestigio e quell'autorevolezza che portavano ad appaiare i membri del Collegio Elettorale agli Elettori Imperiali del Sacro Romano Impero si tramutò in una grigia e burocratica funzione di portavoce del partito politico di riferimento, vero arbitro della scelta operata a monte in sede di convenzione nella fase della *nomination*, tant'è che Wilson nel 1885 considerava ormai lettera morta «*that portion of the Constitution*», relativa alle funzioni del Collegio Elettorale [12].

Un'altra preoccupazione costante dei Padri Fondatori era quella di cadenzare tutti gli adempimenti elettorali, in modo da evitare vuoti di potere e alterazioni del calendario istituzionale, guardate con sospetto, in quanto considerate espedienti volti a incrinare il principio di rotazione delle cariche, vero fulcro di ogni governo repubblicano. La Costituzione affida, dunque, al Congresso il compito di individuare date fisse o mobili, comunque inderogabili, per la designazione del Presidente, quasi a conferire una sorta di sacrale ritualità agli avvicendamenti nella carica presidenziale, ponendo come unica condizione la simultaneità delle riunioni dei grandi elettori nei diversi Stati. Il Congresso con legge del 1° marzo 1792 stabilì che i grandi elettori sarebbero stati designati nei 34 giorni antecedenti il primo mercoledì di dicembre e, solo successivamente, con legge del 1845, vista la diffusione del suffragio popolare [13], al fine di facilitare l'afflusso ai seggi degli elettori residenti nei distretti rurali, fissò l'*Election Day* per il martedì successivo al primo lunedì

---

[12] Cfr. W. Wilson, *Congressional Government – A Study in American Politics*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1981, p. 168.

[13] Dapprincipio i grandi elettori erano scelti direttamente dalle singole Legislature statali, ma, nell'arco di circa sette lustri dal varo della Costituzione, la maggior parte degli Stati aveva optato per l'elezione popolare diretta. Uno degli ultimi Stati ad abbandonare la designazione ad opera della Legislatura fu la Carolina del Sud nel 1860. Cfr. S. Villari, *L'elezione del Presidente nel sistema costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 67 ss.

di novembre [14], giorno nel quale non si celebravano di regola udienze giudiziarie, né si svolgevano sedute di organi collegiali di enti locali (contee, *townships*).

La legge del 1792 prevedeva, altresì, che i grandi elettori designati in ciascuno Stato con i criteri fissati dalla legge statale si dovessero riunire il primo mercoledì di dicembre dell'anno elettorale (sempre multiplo di quattro e di norma bisestile) nella località indicata dalla rispettiva Legislatura statale, ma la legge 5 giugno 1934 ha fatto slittare al lunedì successivo al secondo mercoledì di dicembre i *meetings* delle delegazioni statali di grandi elettori, che si svolgono di regola nelle capitali dei singoli Stati e a Washington, dove convengono i tre elettori del Distretto di Columbia, i quali, in virtù del XXIII Emendamento [15], dal 1961 integrano il *National Electoral College*, per dare autonoma rappresentanza al territorio sede della capitale dell'Unione, posto alle dirette dipendenze del governo federale.

Il procedimento elettorale e i tempi di insediamento del Presidente erano inizialmente diluiti nell'arco di circa quattro mesi, senza considerare la fase prodromica dedicata alla selezione delle candidature ad opera dei partiti, talché il passaggio delle consegne al Presidente eletto era fissato per il 4 marzo. Ciò aveva un impatto pesantemente negativo sul Presidente uscente non riconfermato, che, privo ormai di una legittimazione popolare, si apprestava a completare il suo mandato con andatura claudicante simile a quella di un'anatra zoppa [16]. Per ridurre questo periodo di interregno, nel 1933 fu dunque approvato il XX Emendamento, noto come *Norris «Lame Duck» Amendment*, che retrodatò di circa sei settimane l'*inauguration* presidenziale, fissandola al 20 gennaio. La citata legge del 1934, approvata per dare attuazione a questo Emendamento costituzionale, anticipò, quindi, la seduta del Congresso a Camere riunite per la conta dei voti elettorali e la proclamazione del risultato a cura del presidente del Senato dal secondo mercoledì di febbraio al 6 gennaio, termine che, cadendo di domenica, viene *ipso iure* differito al giorno feriale successivo.

A rigore i grandi elettori non sono tenuti a votare il candidato che si sono

---

[14] Cfr. J. Fiske, *Civil Government in the United States considered with some reference to its origins*, Houghton, Mifflin and Company, Boston and New York, 1891, pp. 225-226.

[15] Il Distretto federale fu in pratica equiparato a uno Stato membro, ma si stabilì che la sua rappresentanza nel Collegio Elettorale non fosse in nessun caso superiore a quella del «*least populous State*». Cfr. XXIII Emendamento, sez. 1.

[16] C.A. Beard, *American Government and Politics*, The MacMillan Company, New York, 1930, p. 186, a questo riguardo annotava: «*This is a long delay and in case the outgoing and the incoming executives are committed to radically different policies, it works for uncertainty and confusion, especially among those classes intimately affected by such policies*».

impegnati a sostenere, ma di fatto il fenomeno dell'*unfaithful elector* è del tutto eccezionale a partire dal 1796. Si annoverano non più di venti voltagabbana tra i grandi elettori nella storia dell'Unione. Come casi di scuola si ricordano quello di un elettore del New Hampshire, che nel 1820 votò per John Quincy Adams piuttosto che per il Presidente uscente James Monroe, quello di un elettore repubblicano dello Stato di Washington, che nel 1976, presago delle fortune del «grande comunicatore», votò per Ronald Reagan invece che per Gerald Ford, quello di un elettore democratico che nel 1988 votò Lloyd Bentsen al posto di Michael Dukakis, mostrando di preferire il candidato alla Vice-presidenza, e pochi altri episodi del secondo dopoguerra, verificatisi prevalentemente in Stati del Sud (Tennessee, Virginia, Mississippi, Alabama e Oklahoma) nel 1948, 1960, 1968 e 1972.

Orbene, il filtro dei grandi elettori di fatto non ostacola la investitura popolare diretta del Presidente, tant'è vero che, all'indomani della consultazione elettorale, per conoscere i nomi dei due candidati eletti alla Presidenza e alla Vice-presidenza, è sufficiente contare i grandi elettori schierati a sostegno di ciascuno dei due *tickets*, che hanno ottenuto il maggior numero di voti nei singoli Stati. Il sistema elettorale si basa, infatti, in quasi tutti gli Stati dell'Unione sulla formula *winner-take-all*, in forza della quale la lista di grandi elettori che ha ottenuto il maggior numero di voti, – si tratti di maggioranza assoluta (*majority*) o relativa (*plurality*), – nel collegio unico statale (*at-large*) è destinata a rappresentare lo Stato nel Collegio Elettorale. Fanno eccezione a questa regola il Maine e il Nebraska, dove i grandi elettori vengono eletti su base circoscrizionale, dal che consegue che i voti elettorali di ciascuno di questi due Stati (rispettivamente quattro per il Maine e cinque per il Nebraska) possano essere suddivisi tra due o più candidati. In definitiva, per vincere le elezioni bisogna riportare la metà più uno dei voti in seno al Collegio Elettorale, composto attualmente di 538 membri, – pari alla somma dei 435 rappresentanti, dei 100 senatori e dei tre elettori del Distretto federale, – *ergo* 270 voti.

L'elezione a suffragio popolare non significa, tuttavia, che il Presidente eletto debba comunque ottenere la maggioranza dei voti popolari: anzi, proprio nell'ipotetico effetto distorsivo che esso può determinare rispetto al responso delle urne, sta l'importanza del Collegio Elettorale. In realtà, esso riflette la scelta di ciascuno Stato e risponde alla logica e allo spirito del sistema federale: viceversa, la opzione per una investitura popolare estesa a tutta la Nazione (*nationwide*) verrebbe a creare un pericoloso *vulnus* nella struttura decentrata degli Stati Uniti, che nessuno può ragionevolmente auspicare. Il peso specifico dei piccoli Stati più che proporzionale rispetto alla loro consistenza demografica viola il principio *one man, one vote*, ma è conforme al dato genetico dell'Unione americana, vale a dire a un patto federativo che

non vuole mortificare gli Stati più piccoli. Il ruolo degli Stati nella scelta del Presidente è ancor più evidente nel caso disciplinato dal XII Emendamento: difatti, quando, in presenza di tre candidati forti, nessuno dei quali riesca a conseguire la maggioranza assoluta dei voti elettorali, la scelta del Presidente è rimessa alla Camera dei rappresentanti, essa vota per delegazioni di Stati, vale a dire che ciascuno Stato esprime un solo voto corrispondente all'orientamento maggioritario dei suoi rappresentanti. In questa ipotesi, dunque, si determina una situazione di perfetta uguaglianza degli Stati, che collide in modo ancora più stridente col principio *one man, one vote*.

3. Elezioni controverse ed *Electoral Count Act*

Dal 1788 al 2000 il Collegio Elettorale è stato chiamato ben 54 volte a scegliere tra i candidati alla suprema magistratura dell'Unione e, salvo pochi incidenti di percorso, il meccanismo ha funzionato. Non a caso, l'argomento più convincente che è stato opposto ai fautori di una riforma del sistema elettorale è ispirato al più sano pragmatismo anglosassone: «*It ain't broke, so don't fix it*» [17].

Alla stregua di quanto innanzi rilevato circa il precipuo ruolo di garanzia degli Stati meno popolosi assolto dal Collegio Elettorale, non si possono considerare anomali i risultati di quelle consultazioni nelle quali la Presidenza è stata assegnata a un candidato che non aveva riportato la maggioranza dei voti popolari, vuoi per la presenza di un terzo candidato, vuoi per una migliore *performance* elettorale del candidato sconfitto. Ciò è accaduto ben diciotto volte, se si considera anche l'ultima tornata elettorale, che ha visto soccombere il candidato più votato dal popolo: difatti, Gore ha ottenuto circa 540.000 voti popolari più di Bush, ma solo 267 voti elettorali corrispondenti a 20 Stati (ivi compreso il *District of Columbia*) contro i 271 di Bush, espressivi di ben 31 delegazioni statali. Tra i Presidenti che non conseguirono la maggioranza dei voti popolari vi furono personaggi di grande rilievo, quali Abramo Lincoln nel 1860, – che ottenne 1.866.000 suffragi contro 2.815.000 raccolti dai suoi rivali, ma incassò 180 voti elettorali a fronte dei 123 complessivamente attribuiti agli altri candidati, – e Woodrow Wilson nel 1812, che ottenne 2 milioni di voti più del suo avversario Theodore Roosevelt, ma

[17] Sui pro e i contro di una riforma del Collegio Elettorale, cfr. sinteticamente THE LEAGUE OF WOMEN VOTERS, *Choosing the President – A Citizen's Guide to the 2000 Election*, The Lyon Press, New York, 1999, p. 135 ss.

solo il 42% del voto popolare, tuttavia così equamente distribuito tra gli Stati da fargli guadagnare ben 435 voti elettorali.

Solo quattro volte, tuttavia, un Presidente eletto ha riportato meno voti del suo diretto avversario. Ciò è accaduto, oltre che nel 2000, sempre nel XIX secolo e, più precisamente, nel 1824, nel 1876 e nel 1888. Tra le elezioni controverse e disputate (c.d. *close elections*), vanno rammentate, inoltre, quelle del 1800 e, nel XX secolo, la consultazione elettorale del 1960. Ecco, in rapida sintesi, le cause dell'*impasse* nelle elezioni critiche.

Nel 1800 si contendevano la carica presidenziale per i federalisti il Presidente uscente John Adams, che era affiancato da Charles Pinckney, candidato alla Vice-presidenza, e, per i democratico-repubblicani Thomas Jefferson e il suo *running mate* Aaron Burr. Il partito di Jefferson avrebbe sicuramente strappato la maggioranza ai federalisti da dodici anni alla guida del paese, ma i democratico-repubblicani commisero l'errore di assegnare lo stesso numero di voti a Jefferson e a Burr, rimettendo in tal modo la scelta alla Camera dei rappresentanti. Quivi le operazioni di voto si protrassero per una settimana dall'11 al 17 febbraio 1801 e, solo al 36° scrutinio, risultò finalmente eletto Jefferson. Ciò fu dovuto al fatto che i federalisti appoggiavano Aaron Burr, in quanto schierato su posizioni meno radicali e l'avrebbero spuntata sui democratico-repubblicani in minoranza alla Camera, se non vi fosse stata la clausola costituzionale (Art. II, sez. I, cl. 3) che, imponendo il computo dei voti su base statale, ribaltava la superiorità numerica dei federalisti nel suo opposto, non essendo questo partito maggioritario in tutti gli Stati. Al di là dell'esito della votazione alla Camera, la vicenda evidenziò un difetto del sistema elettorale, che fu eliminato con l'approvazione nel 1803 e definitiva ratifica nel 1804 del XII Emendamento [18], nel quale si stabilì, per evitare equivoci, che i grandi elettori devono votare su due schede distinte il candidato alla Presidenza e quello alla Vice-presidenza.

Le presidenziali del 1824 furono la seconda e ultima competizione decisa dalla Camera dei rappresentanti. Difatti, nessuno dei quattro candidati riportò la metà più uno dei voti nel Collegio Elettorale, avendone ottenuti 99 Andrew Jackson, 84 John Quincy Adams, 41 William H. Crawford e 37 Henry Clay. A norma del XII Emendamento, la scelta fu rimessa alla Camera, dove nel 1825 dei tre candidati più votati ebbe la meglio Adams, aggiudicandosi tredici Stati contro i quattro di Crawford e i sette di Jackson, che pure aveva riportato circa 50.000 voti popolari più di Adams. Il candidato repubblicano, figlio del secondo Presidente dell'Unione, si poté, infatti, giovare del sostegno dei deputati favorevoli al quarto candidato, i quali ottenne-

[18] Che ha sostituito l'Art. II, sez. I, cl. 3 Cost.

ro, a mo' di contropartita, la nomina di Clay a segretario di Stato della nuova amministrazione.

La più clamorosa controversia elettorale si verificò nel 1876. In quell'anno si confrontavano il democratico Samuel Tilden e il repubblicano Rutherford Hayes, i quali avevano ottenuto rispettivamente 4.285.000 e 4.033.000 voti popolari e si erano aggiudicati diciassette Stati per ciascuno, ma con 184 grandi elettori, – uno meno del *quorum* richiesto, – favorevoli a Tilden e 163 schierati per Hayes. Rimanevano, peraltro, da assegnare i voti elettorali di tre Stati del sud, Florida, Louisiana e South Carolina, – profondamente divisi al loro interno tra fautori e oppositori della ricostruzione, – che avevano mandato a Washington ciascuno due contrapposte liste di grandi elettori. I 22 voti elettorali di questi tre Stati erano decisivi perché se attribuiti a Hayes, ne avrebbero decretato la vittoria elettorale, ribaltando il responso delle urne.

Per risolvere la disputa, il Congresso istituì per legge una commissione elettorale composta di cinque senatori, cinque rappresentanti e cinque giudici della Corte Suprema. La commissione si era inizialmente divisa tra repubblicani e democratici con il giudice David Davis, un indipendente, che fungeva da ago della bilancia. Inopinatamente la Legislatura dell'Illinois elesse al Senato degli Stati Uniti il giudice Davis: questi fu allora rimpiazzato dal giudice della Corte Suprema di fede repubblicana Joseph P. Bradley, il quale si assunse la responsabilità di esprimere il voto decisivo (*casting vote*), che fece pendere la bilancia a favore di Hayes. I membri della commissione erano tutti esperti giuristi, sicuramente capaci di cimentarsi con le complesse questioni legali connesse alla scelta delle contrapposte delegazioni di grandi elettori, ma alla fine «*the legal judgement of every commissioner happened to coincide with his party proclivities*»[19]. Stando alla legge istitutiva della commissione, le decisioni di quest'organo potevano essere ribaltate con voto maggioritario di entrambe le Camere del Congresso. Il Congresso però si divise: la Camera respinse le decisioni della commissione, mentre il Senato si dichiarò acquiescente; a questo punto i democratici della Camera arrivarono a minacciare l'ostruzionismo per bloccare il conteggio dei voti elettorali e solo la promessa di Hayes di ritirare le truppe dal Sud per favorire la ricostruzione e la propensione di Tilden al compromesso convinsero i deputati recalcitranti a consentire l'insediamento del nuovo Presidente.

La vicenda lasciò il segno, poiché, vista la rilevanza della posta in gioco e data la molteplicità di leggi elettorali vigenti nei diversi Stati, a livello locale il partito al governo difficilmente poteva sottrarsi alla tentazione di ricorrere a

[19] Così J. Bryce, *The American Commonwealth*, vol. I, MacMillan and Co., London and New York, 1889, p. 46.

brogli e ad altri sistemi fraudolenti per favorire l'elezione dei propri candidati. Cionondimeno, solo nel 1887 il Congresso riuscì ad approvare una legge, l'*Electoral Count Act*, destinata a fare chiarezza su tempi e procedure per la selezione delle delegazioni statali dei grandi elettori.

Nel 1888 si verificò, invece, un nuovo caso di divaricazione tra voto elettorale e voto popolare, che, all'indomani dell'ultima tornata elettorale, è stato additato come l'immediato precedente delle presidenziali del novembre 2000. Benjamin Harrison, sfidante repubblicano del Presidente uscente democratico Grover Cleveland, ebbe la meglio sul suo avversario pur avendo ottenuto circa 96.000 voti popolari in meno. Nel Collegio Elettorale Harrison ottenne, tuttavia, un ampio margine, incassando ben 233 voti contro 168. Ciò dipese dal fatto che Cleveland aveva ottenuto percentuali assai elevate di suffragi negli Stati con pochi grandi elettori e aveva perso di stretta misura negli Stati più grandi. Dopo quattro anni Cleveland si prese la rivincita e sconfisse Harrison, senza peraltro riportare la maggioranza dei voti popolari per la presenza di un terzo partito, il *People's Party*, che raccolse circa l'8,5% dei suffragi.

Nel XX secolo vanno segnalate due *close elections*, quelle del 1960 e quelle del 1976, che in ogni caso non diedero luogo a vistosi scostamenti tra voto popolare e voto elettorale. Nel primo caso, Kennedy distaccò Nixon di soli 100.000 voti in tutta l'Unione su un totale di 69 milioni di votanti, ma in alcuni Stati il margine era molto esiguo, come ad esempio nell'Illinois, dove il futuro Presidente della *Nuova Frontiera* vinse per soli 8.000 voti tra pesanti insinuazioni su brogli che non furono mai del tutto smentite. La vittoria di Kennedy nello Stato del *Mid-west* sarebbe da attribuire al sindaco e *boss* democratico di Chicago, Richard Daley, – padre di William, braccio destro di Gore nella campagna presidenziale del 2000, – il quale, per rovesciare l'esito della consultazione, pare avesse mobilitato i suoi galoppini elettorali oriundi irlandesi e italiani, facendoli votare due volte con certificati elettorali intestati a persone decedute [20]. Anche nel Texas i sospetti non furono dissipati e molti sostenitori del candidato repubblicano lo spingevano a chiedere verifiche e nuovi conteggi, ma da ultimo lo stesso Presidente uscente Eisenhower concordò con Nixon che, in piena guerra fredda, era preferibile garantire la continuità istituzionale ed evitare crisi che avrebbero offuscato l'immagine internazionale degli Stati Uniti [21].

---

[20] Su questa vicenda, si veda V. Zucconi, *A Chicago votarono i morti e Kennedy divenne presidente*, ne *la Repubblica*, 10 novembre 2000, pp. 6-7.

[21] In argomento, si veda, S.E. Ambrose, *Nixon: The Education of a Politician (1913-1962),* Simon and Schuster, New York, 1987. Per una memorabile cronaca della campagna elettorale del 1960, si rinvia T. White, *The making of the President*, tr. it. (*Come si fa il Presidente*) a cura di F. Colombo, V. Bompiani, Milano, 1962.

Anche nel 1976, – nonostante la presenza di un candidato indipendente di un certo prestigio, quale Eugene McCarthy, che rastrellò circa un milione di voti, – il confronto tra il Presidente uscente Gerald Ford e lo sfidante democratico Jimmy Carter fu assai serrato, tanto che quest'ultimo riuscì a distaccare il suo avversario di circa 1.700.000 voti, superando per un soffio il 50% dei suffragi popolari a fronte del 48% riportato da Ford e conseguendo nel Collegio Elettorale 297 voti contro 240.

4. La Corte Suprema della Florida privilegia l'accertamento della volontà dell'elettore (*Harris I*)

Torniamo ora alle presidenziali del 2000 e alle sentenze delle due Corti Supreme, statale e federale, che hanno fornito due diverse letture, entrambe plausibili, della legislazione elettorale della Florida e/o dei principi costituzionali che la sorreggono, senza tuttavia dissipare i sospetti di orientamento partigiano che hanno inquinato questa inedita vicenda giudiziaria [22].

La Corte Suprema della Florida, composta da sette giudici tutti vicini al partito democratico, con una sentenza *per curiam* (*Harris I*) si è pronunciata in prima battuta su due distinte questioni: a) quali siano i presupposti che abilitano un ufficio elettorale circoscrizionale ad autorizzare un nuovo conteggio manuale delle schede esteso a tutta la contea ai sensi della sez. 102.166(5) *Florida Statutes*; b) se il segretario di Stato e la commissione elettorale siano o meno tenuti ad accettare tali nuovi conteggi, quando i risultati sono certificati e trasmessi al competente ufficio elettorale di contea dopo la scadenza del settimo giorno successivo all'*Election Day* indicata dalle sez. 102.111 e 102.112 del Codice Elettorale.

Sul primo punto, la Corte ha precisato, – in dissenso con la *Division of Elections*, – che l'espressione «*error in the vote tabulation which could affect the outcome of the election*», cui la sez. 102.166(5) subordina l'eventuale conteggio manuale di tutte le schede della contea, fa riferimento ad un errore

[22] Si pensi che, oltre alla controversia sui conteggi delle schede, nelle presidenziali del 2000 è stata anche sollevata la questione della ineleggibilità del candidato repubblicano alla Vice-presidenza Dick Cheney, in quanto residente nello Stato del Texas, come il candidato alla Presidenza George W. Bush. La questione, peraltro, si è risolta grazie a una sentenza della corte d'appello federale di New Orleans, che ha riconosciuto a Cheney la residenza ai fini elettorali nello Stato del Wyoming. Sul punto, si veda S. VOLTERRA, *Novità e tradizione nell'elezione presidenziale del 2000*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 1, p. 276.

occorso nell'attribuzione dei singoli voti piuttosto che a un difetto del *software* o comunque del sistema meccanizzato di scrutinio. Poiché la legge alla sez. 101.5614(5) dispone che «*no vote shall be declared invalid or void if there is a clear indication of the intent of the voter as determined by the canvassing board*», è evidente, a parere della Corte, che, rilevandosi, in sede di conteggio a campione, una discrepanza tra il numero dei voti accertati con lo scrutinio meccanizzato e quello risultante dal conteggio manuale eseguito a norma della sez. 102.166(4), si possa procedere, su disposizione del *county canvassing board*, a un nuovo scrutinio esteso a tutta la contea.

Una diversa interpretazione, basata su una fede cieca e incondizionata nell'efficienza delle macchine, vanificherebbe la *ratio* della legge elettorale statale, che prevede un controllo umano sia sulle disfunzioni delle apparecchiature (*equipment*) utilizzate per lo scrutinio meccanico, sia sugli errori occorsi nel conteggio poco accurato delle schede.

Accertato che gli uffici elettorali hanno il potere di ordinare nuovi conteggi manuali estesi a tutta la contea in presenza di erronea interpretazione dei voti espressi, la Corte doveva verificare la sussistenza o meno di un obbligo legale per la commissione elettorale di accettare i nuovi risultati pervenuti dopo la scadenza del termine (settimo giorno successivo all'*Election Day*) previsto dalle sez. 102.111 e 102.112.

Codesta seconda verifica si rivelava più ardua a causa di una evidente ambiguità legislativa. Difatti, il termine per effettuare il nuovo conteggio manuale di cui alla sez. 102.166(4) non collima con il lasso di tempo per la trasmissione dei risultati di contea stabilito dalle sez. 102.111 e 102.112.

La prima disposizione prevede che, per contestare l'esito dello scrutinio in una circoscrizione, si possa presentare un reclamo (*protest*) in sede amministrativa all'ufficio elettorale prima della certificazione formale dei risultati e, al più tardi, entro il quinto giorno successivo alle elezioni. Le sottosezioni 102.166(4)(a) e (b) dispongono inoltre che, indipendentemente dall'eventuale reclamo, ciascun candidato o partito politico in lizza nel *precinct* può presentare una motivata richiesta scritta all'ufficio elettorale di contea per un nuovo conteggio manuale «prima che il *board* certifichi i risultati elettorali o, al più tardi, nelle 72 ore successive alla elezione». Il *board* può, dunque, autorizzare un *manual recount*, ma il nuovo conteggio deve interessare almeno tre circoscrizioni, nelle quali il candidato istante abbia riportato come minimo l'1% dei voti totali espressi. Se il nuovo conteggio segnala un errore nella attribuzione dei voti (*vote tabulation*) tale da influenzare il risultato finale delle elezioni, l'ufficio elettorale di contea può autorizzare la riconta manuale di tutte le schede votate nella contea. Benché l'*Electoral Code* non stabilisca una scadenza tassativa per l'espletamento del conteggio manuale, – argomenta la Corte, – «*logic dictates that the period of time required to complete a full*

manual recount may be substantial, particularly in a populous county, and may require several days».

Le norme predette concernenti i reclami (*protests*) e i conteggi manuali (*manual recounts*) collidono, dunque, con le sez. 102.111 e 102.112, dove si stabilisce che i singoli *boards* circoscrizionali devono (*must*) presentare i loro risultati alla commissione elettorale centrale (*Elections Canvassing Commission*) entro le ore 17 del settimo giorno successivo all'elezione, pena l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. Va precisato, tuttavia, che, mentre la sez. 102.111, varata nel 1951, è tassativa nel disporre che «*all missing counties shall be ignored and the results shown by the returns on file shall be certified*», la sez. 102.112, approvata nel 1989, è più blanda, poiché prevede che i risultati tardivi possono (*may*) essere ignorati, ma che i membri del *county board* responsabili del ritardo devono (*shall*) essere multati.

La Corte, per risolvere codesta incongruenza normativa, per un verso si avvale dei più usuali canoni ermeneutici, per altro verso fa appello ai sommi principi costituzionali che governano la materia elettorale. Nel primo caso, richiamando il Codice Elettorale della Florida, dove testualmente si ribadisce che «*courts are without power to diverge from the intent of the Legislature as expressed in the plain language of the Code*», addita l'intezione del legislatore come stella polare da seguire nella interpretazione delle norme di legge. Richiama, quindi, il criterio che assegna alle disposizioni normative speciali una *vis derogatoria* rispetto alle norme generali, invoca il principio della prevalenza della legge posteriore su quella previgente e, infine, sottolinea la necessità di fornire una interpretazione sistematica che consenta una lettura coordinata di norme apparentemente incompatibili, tesa ad armonizzarne i rispettivi enunciati [23]. Alla stregua di codesti criteri, risulta evidente che la sez. 102.112 prevale sulla sez. 102.111, vuoi perché varata successivamente (1989 *vs.* 1951), vuoi perché la sez. 102.112 concerne in modo precipuo il termine per rassegnare i risultati e la penale da irrogare per i ritardi, laddove la sez. 102.111 tratta in modo complessivo del funzionamento e dei compiti della *Elections Canvassing Commission* e, solo incidentalmente, disciplina le modalità di certificazione dei risultati elettorali, vuoi, infine, perché, se vi fosse un obbligo inderogabile di ignorare tutti i risultati pervenuti dopo la scadenza prevista dalla legge, non avrebbe senso la *fine provision*, vale a dire la disposizione che prevede la irrogazione della multa a carico degli scrutatori negligenti.

---

[23] La Corte rinvia alla sua precedente decisione *Forsythe v. Longboat Key Beach Erosion Control Dist.*, 604 So. 2d 452, 455 (Fla. 1992), dove si sottolinea come «*all parts of a statute must be read together in order to achieve a consistent whole. Where possible, courts must give effect to all statutory provisions and construe related statutory provisions in harmony with another*».

La tesi della Corte è, inoltre, ancorata a un solidissimo pilastro costituzionale, ovverosia allo stesso principio di sovranità popolare enunciato dall'Art. I, sez. 1 della Costituzione della Florida con la formula «*All political power is inherent in the people*». Codesto enunciato rappresenta, altresì, l'*incipit* della *Declaration of Rights* che apre la Carta costituzionale del «*Sunshine State*», sicché il diritto al suffragio (*right to vote*) da esso sotteso può ben considerarsi il fondamento della democrazia rappresentativa e, *pour cause*, della legislazione elettorale. Di conseguenza, conculcare o vulnerare il diritto di voto equivale a depotenziare complessivamente tutte le altre libertà costituzionali, che si possono pienamente dispiegare solo in un ordinamento democratico, nel quale il potere politico sia emanazione diretta del popolo. La legislazione elettorale deve, dunque, agevolare l'esercizio del diritto di voto e va interpretata in modo tale da salvaguardare il diritto di ciascun elettore di esprimere la sua volontà nel contesto di una democrazia rappresentativa; per converso, non può considerarsi conforme alla Costituzione una legge elettorale che imponga «*unreasonable or unnecessary*» restrizioni al diritto di voto [24] o, comunque, non consenta di identificare correttamente e inequivocabilmente la volontà dell'elettore.

La stessa Corte Suprema federale aveva, peraltro, statuito, con riferimento alle procedure elettorali dello Stato dell'Indiana, come sia conforme ai principi e compatibile con lo schema legislativo consentire che i *manual recounts* procedano in modo spedito [25], ma ciò implica, *a contrario*, la dubbia legittimità della scadenza di sette giorni imposta per legge, ove interpretata quale inesorabile spada di Damocle che mette fuori gioco i conteggi e le verifiche tardive.

In effetti, la penale prevista dalla sez. 102.112 assolve a una mera finalità di deterrenza nei confronti degli uffici elettorali per scoraggiare condotte dilatorie. La omessa considerazione dei risultati tardivi, viceversa, si ritorce contro gli elettori della contea in quanto neutralizza (*disenfranchises*) il loro diritto a vedere correttamente computati i voti non conteggiati manualmente nel termine legale per negligenza degli scrutatori.

La Corte rileva, infine, come il termine dei sette giorni dall'*Election Day* entro il quale gli uffici elettorali sono tenuti a presentare i risultati delle rispettive circoscrizioni mal si concilia con le disposizioni sul conteggio delle schede votate dagli elettori domiciliati all'estero (*absentee ballots*), che devo-

---

[24] Cfr. *Treman v. Malmquist*, 342 So. 2d 972, 975 (Fla. 1977).

[25] Cfr. *Roudebush v. Hartke*, 405 U.S. 15, 25 (1972), dove si dice che «un nuovo conteggio è parte integrante del procedimento elettorale dell'Indiana e rientra nell'ambito degli ampi poteri delegati agli Stati dall'Art. I, sez. 4».

no essere computate se ricevute nei dieci giorni successivi alla data delle elezioni.

In definitiva, «*the will of the electors supersedes any technical statutory requirements*», sicchè il segretario di Stato può respingere i risultati emendati di un ufficio circoscrizionale solo se essi sono presentati così tardi da impedire agli aventi diritto di impugnare in via giurisdizionale (*contest*) la certificazione a norma della sez. 102.168, ovvero da pregiudicare altrimenti la piena partecipazione degli elettori della Florida al procedimento elettorale federale.

Assodato che la *statutory deadline* non è perentoria e che l'accettazione dei risultati tardivi rientra nella piena discrezionalità del segretario di Stato, da esercitarsi comunque in conformità con l'esigenza indefettibile di rispettare la volontà degli elettori, la Corte ha ritenuto di dover formulare una nuova *rule of law*, avvalendosi di quegli *equitable powers* indispensabili per offrire un rimedio congruo in una situazione del tutto eccezionale. Essa, quindi, esponendosi temerariamente alle censure della Corte Suprema federale, in via pretoria ha differito al 26 novembre 2000 la scadenza legislativa per la accettazione dei risultati elettorali emendati e ha contestualmente intimato al segretario di Stato e alla *Elections Canvassing Commission* di tener conto dei nuovi conteggi nella certificazione dell'esito elettorale a livello statale.

La Corte Suprema della Florida ha, dunque, formulato una *opinion* ineccepibile sul piano del rigore argomentativo e dei principi costituzionali evocati, ma, – pur di neutralizzare la faziosa discrezionalità della Harris, protesa a sanzionare un risultato favorevole a Bush piuttosto che a certificare un più attendibile responso delle urne, – ha verosimilmente abusato del proprio potere, sconfinando nell'ambito riservato al Legislativo statale.

5. La prima sentenza della Corte Suprema federale (*Bush I*) tra affermazioni di principio e cauto *self-restraint*

Il *writ of certiorari* concesso al *petitioner* Bush dalla Corte Suprema mirava ad accertare se la decisione *Harris I* emessa dalla *high court* di Tallahassee avesse modificato a urne chiuse le procedure di nomina dei grandi elettori in violazione della *due process clause* e della sez. 5 del titolo 3 dell'*U.S. Code* e se la Corte si fosse in tal modo arrogata poteri della Legislatura statale in violazione dell'Art. II, sez. 1, cl. 2 della Costituzione degli Stati Uniti.

Con la decisione *Bush I* adottata *per curiam*, la Corte ha denegato la *judicial review* sulle questioni federali implicate nel ricorso, ma ha richiamato la Corte di Tallahassee al rispetto di alcuni principi direttamente desumibili dal-

la Costituzione federale. La sentenza va letta, dunque, come una pronuncia monito che, per un verso, conferma il tradizionale *self-restraint* della Corte di Washington in materia di legislazione elettorale, per altro verso, cerca di impedire un cambiamento per via giudiziaria delle regole del gioco da parte della Corte della Florida.

La Corte Suprema si è sempre mostrata ossequiente alla interpretazione della legge statale fornita dalla Corte Suprema locale, ma nella fattispecie ha ritenuto che la Legislatura statale fosse investita del potere di legiferare in materia di selezione degli elettori presidenziali direttamente dalla Costituzione degli Stati Uniti, che all'Art. II, sez. 1, cl. 2 così testualmente dispone: «*Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and representatives to which the State may be entitled in the Congress ...*».

In buona sostanza, la Costituzione attribuisce al corpo legislativo di ciascuno Stato e solo ad esso il potere di determinare le modalità di scelta dei grandi elettori ed esclude, pertanto, che ciò possa avvenire per via giudiziaria, sia pure con una interpretazione estensiva della legge statale, come ha fatto la Corte della Florida in *Harris I*.

Vi è poi un'altra norma federale che interferisce con la legislazione elettorale dei singoli Stati in quanto fissa un termine finale per l'accertamento dei grandi elettori in caso di contenzioso. Si tratta della sez. 5 del titolo 3 *U.S.Code*, dove si stabilisce che le decisioni adottate in sede giurisdizionale o amministrativa per la definizione di controversie o reclami in materia elettorale devono considerarsi definitive se emesse in conformità alla legge vigente nell'*Election Day* e depositate almeno sei giorni prima della data fissata per la riunione dei grandi elettori.

Questa disposizione ha una funzione di garanzia in quanto impone al Congresso di prendere in considerazione quali elettori presidenziali quelli accertati Stato per Stato nelle procedure contenziose esauritesi entro la scadenza predetta e, di conseguenza, predispone un approdo sicuro (*safe habor*) per i voti elettorali di ciascuno Stato asseverati a seguito di ricorso o reclamo. Il principio legislativo federale implicato dalla sez. 5 del titolo 3 *U.S.Code*, presupponendo la finalità di trarre vantaggio dal «*safe harbor*», suggerirebbe di non adottare interpretazioni giudiziarie dell'*Electoral Code* che il Congresso potrebbe considerare altrettante modifiche legislative.

In *Bush I* la Corte Suprema non ha ritenuto vi fossero i presupposti per il riesame dell'*opinion* formulata dalla *Florida Supreme Court* in *Harris I*. Cionondimeno, ritenendo, alla stregua della dottrina formulata in *Minnesota Tea Co.*[26], che sia

[26] 309 U.S. 551, 557 (1940).

opportuno chiedere alle corti statali di eliminare dalle loro *opinions* quelle ambiguità che ne inficiano le *adjudications* in misura tale da impedire l'accertamento di conformità dell'azione statale alla Costituzione federale, la Corte Suprema ha annullato con rinvio la decisione impugnata, con invito alla *high court* statale di tenere conto sia del limite al potere della Legislatura statale desumibile dall'Art. II, sez. 1, cl. 2 Cost. federale, sia della *ratio* cui si ispira la sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code*.

6. Volontà dell'elettore e *undervotes* nella sentenza *Harris II*

Nella sentenza *Harris II* adottata *per curiam*, la Corte Suprema della Florida ribadisce il proprio orientamento favorevole al *manual recount* con riferimento alla questione degli *undervotes*, ma al suo interno emergono due significativi dissensi.

Questa pronuncia, come la sentenza *Bush I* della Corte Suprema degli Stati Uniti, è intervenuta dopo la certificazione ufficiale dei risultati elettorali ad opera della *Elections Canvassing Commission* e ha ribaltato in sede di appello il *final judgement*, emesso il 4 dicembre dalla *Circuit trial court* della contea di Leon, nel quale si respingeva il ricorso di Gore teso a ottenere, tra l'altro, un nuovo spoglio di circa 9.000 schede della contea di *Miami-Dade*, registrate come *non-votes* dalle *counting machines* e non riesaminate manualmente.

Nella *opinion* di maggioranza la Corte dichiara di voler risolvere la questione con buon senso (*common-sense approach*), allo scopo di dare piena e concreta attuazione alle direttive del legislatore sul contenzioso elettorale (*contest*), volte a garantire che il diritto di voto non venga frustrato. Difatti, la sez. 102.168(8) *Florida Statutes* conferisce ampi poteri alla corte di circuito [27] investita del ricorso (*complaint*) [28], affinché si proceda al riscontro di tutti gli errori denunciati dal *plaintiff* e si possa, in tal modo, garantire il diritto di ciascun candidato a un corretto conteggio delle schede e alla proclamazione di un risultato conforme a un ortodosso scrutinio [29].

Si consideri che sui c.d. *undervotes* si è sviluppata una polemica senza fine.

---

[27] A norma della sez. 102.168(8) il giudice è chiamato a «*fashion such orders as he or she deems necessary to ensure that each allegation in the complaint is investigated, examined, or checked to prevent or correct any alleged wrong, and provide any relief appropriate under the circumstances*».

[28] La sez. 102.168(3)(c) individua nel «*receipt of a number of illegal votes or rejection of a number of legal votes sufficient to change or place in doubt the result of the election*» il presupposto per impugnare in sede giurisdizionale i risultati ufficiali della consultazione elettorale.

[29] Cfr., in tal senso, *State ex rel. Millinor v. Smith*, 107 Fla. 134, 139, 144 So. 333, 335 (1932).

Difatti, le schede della contea di *Miami-Dade*, rientranti nella tipologia delle *punch-cards*, andavano punzonate con uno stilo che serviva a rimuovere un piccolo coriandolo (*chad*) posto in corrispondenza del candidato da votare. Le macchine ovviamente conteggiavano solo le schede perfettamente obliterate, ma non leggevano quelle con il coriandolo appena pressato o comunque non staccato. Il recupero in sede di *manual recount* di schede che recassero segni di pressione sul *chad* per i democratici equivaleva a tener conto della volontà dell'elettore, per i repubblicani costituiva un maldestro tentativo di attribuire un significato a segni di per sè irrilevanti, alla stregua delle puntuali istruzioni presenti in tutti i seggi, che lasciavano pochi margini di dubbio circa le modalità di obliterazione della scheda.

La Corte ha ritenuto che, in elezioni così incerte come quelle del novembre 2000, per garantire il pieno rispetto della volontà dell'elettore si dovessero effettuare tutti i più scrupolosi controlli e, all'occorrenza, tutti gli opportuni *full manual recounts* [30], anche a costo di scavalcare i termini fissati dalla legge federale per la proclamazione dei risultati. In buona sostanza, l'esigenza di accertare la effettiva volontà degli elettori in tutti i casi dubbi deve fare aggio sulla tempistica che scandisce la tornata elettorale. Per dirla con la Corte «*The need for prompt resolution and finality is especially critical in presidential elections where there is an outside deadline established by federal law. Notwithstanding, consistent with legislative mandate and our precedent, although the time constraints are limited, we must do everything required by law to ensure that legal votes that have not been counted are included in the final election results*».

Come si è detto, la unanimità che aveva sanzionato la decisione *Harris I* questa volta viene incrinata da due *dissenting opinions*, una delle quali redatta dal *Chief Judge* Wells, il quale prende le distanze dalla maggioranza, sottolineando sia gli errori di diritto presenti nella motivazione *per curiam*, sia i rischi di destabilizzazione connessi al protrarsi della situazione di incertezza circa l'esito definitivo della consultazione elettorale. Wells si dichiara convinto che «*the prolonging of judicial process in this counting contest propels this country and this state into an unprecedented and unnecessary constitutional crisis*».

Richiamandosi a un precedente del 1981 della Corte di Tallahassee [31], Wells ribadisce che le elezioni costituiscono un procedimento squisitamente politico, sindacabile in sede giudiziaria solo con il *quo warranto*, un *writ* di *com-*

[30] La Corte Suprema ha rimesso ogni decisione circa l'estensione dei nuovi conteggi ad altre contee o a tutto lo Stato alla *Circuit court* in sede di rinvio.

[31] *McPherson v. Flynn*, 397 So. 2d 665, 668 (Fla. 1981).

mon law teso a denunciare abusi di potere da parte dei titolari di pubbliche funzioni. Le corti si devono dunque attenere ad un rigoroso *judicial restraint* in materia elettorale tutte le volte che i funzionari amministrativi abbiano assolto con correttezza e diligenza alle operazioni di scrutinio. Una interferenza giudiziaria nel procedimento elettorale che non si fondi su comprovata negligenza, disonestà, coercizione o frode perpetrata nelle operazioni di scrutinio rischia di innescare un pericoloso conflitto tra *branches of government* e mette a repentaglio il principio della separazione dei poteri.

La legge elettorale inequivocabilmente attribuisce piena discrezionalità al *canvassing board* competente circa la opportunità di procedere o meno a un *manual recount*: ai funzionari elettorali è dunque accordata, sia in sede di scrutinio che di decisione dei reclami (*protests*), ampia autonomia di valutazione e le corti possono ribaltarne le determinazioni solo quando vi siano impellenti ragioni, fondate su «significativi scostamenti dagli essenziali requisiti di legge» [32].

A norma della sez. 102.168(3) *Florida Statutes*, per instaurare un contenzioso, il ricorrente deve allegare una irregolarità che metta in dubbio il risultato di un'elezione. Orbene, è assodato che va conteggiata ogni scheda, nella quale vi sia una «*clear indication of the intent of the voter*». Nel caso delle *punch-cards*, spetta al *county canvassing board* stabilire se un coriandolo pressato (*dimpled chad*), ma non rimosso, debba considerarsi o meno una valida espressione di voto e la decisione di volta in volta adottata non può considerarsi viziata per abuso di potere discrezionale. L'ufficio elettorale di contea, pur considerando l'opportunità di un nuovo conteggio, aveva soprasseduto al *manual recount* nella consapevolezza che non era possibile scrutinare manualmente tutte le schede della contea tra il 22 e il 26 novembre 2000. D'altro canto, – argomenta il *Chief Judge* – autorizzare il *full manual recount* solo nella contea di *Miami-Dade* equivale a introdurre una irragionevole disparità di trattamento tra elettori delle diverse contee censurabile alla stregua della *equal protection clause* e può avere come conseguenza l'annullamento delle elezioni di tutto lo Stato ad opera delle corti federali o dello stesso Congresso.

Una violazione del principio di uguaglianza si può ravvisare, altresì, nell'assenza di *standards* uniformi a livello statale per la valutazione delle schede non correttamente obliterate, che rende del tutto arbitrari i nuovi conteggi effettuati con criteri che variano da circoscrizione a circoscrizione. Vi è, in ogni caso, un ostacolo insormontabile che impedisce di condurre a buon fine il *manual recount* nella contea di *Miami-Dade*, – e, a maggior ragione, su sca-

[32] Così *Boardman v. Esteva*, 323 So. 2d 259 (Fla. 1975), richiamata da Wells.

la statale, – entro le rigorose scadenze fissate dalla legge federale. Difatti, tutte le procedure amministrative e contenziose (*contests*) concernenti lo scrutinio elettorale devono improrogabilmente esaurirsi «almeno sei giorni prima» del 18 dicembre 2000, data in cui gli elettori presidenziali si riuniscono per votare [33]: il 12 dicembre costituisce il termine ultimo (c.d. *safe harbor*) per garantire che gli elettori presidenziali della Florida siano designati a suffragio universale. Il precetto legislativo è inequivocabile: i risultati dello scrutinio devono essere convogliati nel *safe harbor*, vale a dire ufficializzati, entro il termine perentorio del 12 dicembre, a pena di decadenza. È evidente che verificare in tempi così contingentati l'ipotetico *intent of the voter* nelle schede non punzonate espone al rischio inaccettabile di frustrare il diritto di voto dei circa sei milioni di elettori della Florida che hanno correttamente utilizzato le loro schede.

L'altra *dissenting opinion*, vergata dal giudice Harding, contesta al candidato democratico la legittimazione a impugnare i risultati elettorali nelle contee in cui è risultato vincitore. Infatti, a parere del *dissenter*, la sez. 102.168(1) *Florida Statutes*, – dove di stabilisce che solo il candidato sconfitto (*unsuccessful candidate*) può contestare in sede giurisdizionale l'esito delle elezioni, – va applicata ai risultati a livello statale. Di conseguenza, Gore non poteva proporre ricorso contro i risultati delle tre contee di *Palm Beach*, *Nassau* e *Miami-Dade*, nelle quali aveva ottenuto più voti del suo avversario, ma doveva impugnare i risultati *statewide*, in quanto sconfitto su scala statale. Ne deriva la palese illegittimità di un *manual recount* dei c.d. *undervotes* riferito alla sola contea di *Miami-Dade*, che pare compatibile con il dispositivo della sentenza in commento. L'unico *judicial relief* conforme a legge sarebbe un nuovo *statewide recount*, – da effettuarsi entro il 12 dicembre, – di tutte le circa 170.000 schede bianche (*no-vote ballots*) conteggiate nelle diverse contee della Florida, ma ciò configura una decisione *ultra petita*, inammissibile per non aver l'appellante invocato siffatto rimedio. Si tratta, ad ogni buon conto, di un'ipotesi solo teorica data l'incombenza della *statutory deadline*, e su ciò paradossalmente concordano sia i due *dissenters* che la maggioranza della Corte, la quale, non a caso, si è cavata d'impaccio rimettendo ogni decisione operativa al giudice *a quo*. Non possiamo che condividere, a questo punto, le

[33] Cfr. 3 U.S.C. §5 (1994) che recita testualmente: «*If any State shall have provided, by laws enacted prior to the day fixed for the appointment of the electors, for its final determination of any controversy or contest concerning the appointment of all or any of the electors of such State, by judicial or other methods or procedures, and such determination shall have been made at least six days prior to said time of meeting of the electors, shall be conclusive, and shall govern in the counting of the electoral votes as provided in the Constitution, and as hereinafter regulated, so far as the ascertenaiment of the electors appointed by such State is concerned*».

perplessità manifestate da Harding, il quale sottolinea come «*even if such a recount were possible, speed would come at the expense of accuracy, and it would be difficult to put any faith or credibility in a vote total achieved under such chaotic conditions*».

7. La Corte di Tallahassee ribadisce la non perentorietà del termine legale per la certificazione dei risultati emendati a seguito di *manual recount (Harris III)*

Il 12 dicembre 2000, per una singolare coincidenza, vengono contemporaneamente depositate a Tallahassee la sentenza *Harris III*, emessa dalla *Florida Supreme Court* su rinvio (*remand*) della Corte Suprema degli Stati Uniti, e a Washington la sentenza *Bush II*, che pone fine al contenzioso elettorale apertosi all'indomani del 7 novembre e sancisce in via definitiva la vittoria del candidato repubblicano. La sincronia delle decisioni, peraltro, non sana il contrasto giurisprudenziale, che viene in qualche modo evidenziato dalla Corte statale con la puntigliosa sottolineatura delle tesi già illustrate in *Harris I*, del tutto inconciliabili sia con la sentenza di rinvio (*Bush I*), sia con la seconda e ultima pronuncia della Corte federale (*Bush II*).

L'*opinion per curiam* di *Harris III* ritorna sulle due questioni già vagliate nella pronuncia cassata, per sottolineare in entrambi i casi l'ambiguità ovvero la contraddittorietà del Codice Elettorale della Florida e giustificare, di conseguenza, l'interpretazione estensiva, dispiegata sotto forma di *rule-making* in *Harris I* e censurata dalla Corte di Washington in *Bush I*. Nel primo caso, la scadenza per la trasmissione dei risultati elettorali di contea al dipartimento di Stato, sancita dalle sezioni 102.111 e 102.112, sarebbe in contrasto con il quadro temporale minimo compatibile con i *manual recounts* previsti dalla sez. 102.166(4); e, nel secondo caso, si rivelerebbe contraddittorio il disposto, – ricavabile dalle stesse sezioni 102.111 e 102.112, – che autorizza il segretario di Stato a ignorare i risultati emendati rassegnati dal *board* oltre la *statutory deadline*.

Sul primo problema, ovvero sulla congruità del termine per effettuare un *manual recount* di verifica, disposto dall'ufficio elettorale di contea su reclamo del candidato soccombente, la Corte ribadisce che, non essendo stabilita dalla legge una scadenza tassativa per il completamento dello scrutinio manuale, se ne deve inferire che il lasso di tempo richiesto per il nuovo conteggio debba essere quantomeno ragionevole, tale cioè da consentire un accurato controllo: una diversa impostazione renderebbe del tutto incomprensibili (*meaningless*) le disposizioni del Codice Elettorale sui conteggi manua-

li[34]. La Corte ritiene, pertanto, che la disposizione sul *recount* sia in palese contrasto con le sezioni 102.111 e 102.112 *Florida Statutes*, le quali assegnano agli uffici elettorali di contea il termine di sette giorni dalla chiusura delle urne per la trasmissione dei risultati definitivi alla *Elections Canvassing Commission*, prevedendo la irrogazione di sanzioni per il ritardo a carico dei funzionari dei *boards*. L'assunto è di palmare evidenza. Si dia il caso di una *precertification protest* con richiesta di *manual recount* presentata il sesto giorno successivo alla elezione: ove si renda necessario, – a parere del *board*, – uno scrutinio manuale esteso a tutta la contea, è scontato che la procedura di verifica non potrà essere completata entro le cinque pomeridiane del settimo giorno successivo alla data delle elezioni.

Ne consegue che, per rendere fruttuoso e utile il *manual recount* e dare un senso alla disposizione di legge che lo prevede, il limite dei sette giorni va interpretato in modo flessibile, proprio come ha fatto la Corte nella sentenza *Harris I*.

Quanto al denunciato contrasto tra le sezioni 102.111 e 102.112 circa la utilizzabilità dei risultati emendati pervenuti dopo il settimo giorno dall'*Election Day*, a parere della Corte, esso va risolto in sede interpretativa, utilizzando il criterio cronologico e quello della prevalenza della norma speciale sulla norma generale.

Invero, la sez. 102.111 concerne in via primaria la struttura e le funzioni della *Elections Canvassing Commission* e solo marginalmente si occupa della penalità per ritardi occorsi nello scrutinio, quivi statuendo che i risultati tardivi *devono* essere ignorati dal dipartimento di Stato, mentre la sez. 102.112 si occupa direttamente del termine per la presentazione dei risultati e stabilisce *claris verbis* che i risultati tardivi *possono* essere ignorati e che i membri del *board* colpevoli del ritardo *devono* essere multati. Attesa la puntualità e precisione del testo, la sez. 102.112 costituisce «*a specific penalty statute that defines both the deadline for filing returns and the penalties for filing late returns*», laddove la sez. 102.111 constituisce «*a non-specific statute*», talché si può agevolmente concludere che «*the specific statute controls the non-specific statute*».

Inoltre, in forza del brocardo *lex posterior derogat priori*, la sez. 102.112 approvata nel 1989 prevale sulla sez. 102.111 che risale al 1951 ovvero, per dirla con la Corte, «*the more recently enacted provision may be viewed as the clearest and most recent expression of legislative intent*». Va considerato, inoltre, che, quando fu approvato il Codice Elettorale, il legislatore intendeva far confluire nello stesso momento al dipartimento di Stato tutti i voti espressi nel corso di ciascuna consultazione, ivi comprese le schede degli elettori

[34] In questo senso, si espresse la Corte in *Unruh v. State*, 669 So. 2d 242, 245 (Fla. 1996).

assenti (*absentee ballots*). La situazione, tuttavia, è mutata con il varo della legge federale sul voto degli elettori all'estero (*overseas voters*), in forza della quale le schede votate all'estero (*overseas ballots*) vanno conteggiate se ricevute entro il decimo giorno successivo all'*Election Day*, che nel 2000 cade il 18 novembre. Vi è dunque una ragione in più per non considerare perentorio il termine del settimo giorno successivo alle elezioni e introdurre una interpretazione elastica della *statutory deadline* che dia una coerenza complessiva alla legislazione elettorale e soprattutto che valorizzi le procedure tese ad accertare la correttezza dello scrutinio meccanico.

In definitiva, il dipartimento di Stato non può respingere i risultati emendati di un *board* che siano rassegnati entro la scadenza prevista dalla legge per la consegna delle *overseas ballots* (18 novembre 2000) e una sua decisione in tal senso, per giunta adottata in via preventiva il 13 novembre allo scopo di impedire la prosecuzione dei conteggi manuali in corso, deve considerarsi viziata per evidente abuso di potere discrezionale (*abuse of discretion*). La data del 26 novembre 2000, fissata in via pretoria in *Harris I* per la accettazione dei risultati scaturiti dai nuovi conteggi manuali, deve considerarsi niente altro che un termine in armonia con i requisiti stabiliti prima dell'elezione e compatibile con una interpretazione sistematica delle disposizioni del Codice Elettorale, non essendo intenzione della Corte introdurre *ex novo* una scadenza *judge-made* efficace anche *pro futuro*. La interpretazione dello schema elettorale e del calendario che ne scandisce le procedure risponde, dunque, alla primaria esigenza, desumibile dalle *guidelines* di tutta la legislazione elettorale e dai principi costituzionali cui essa si ispira, di garantire al meglio il diritto di voto dei cittadini e di procurare che ciascun voto sia effettivamente computato.

La Corte respinge in buona sostanza l'accusa, mossale dalla Corte Suprema federale, di aver usurpato le attribuzioni del Potere legislativo statale e, nel confermare l'annullamento degli *orders* emessi dalla *trial court* di Leon, ribadisce come la interpretazione delle leggi elettorali accolta nelle due decisioni *Harris I* e *III* «*results in the formation of no new rules of state law but rather results simply in a narrow reading and clarification of those statutes, which were enacted long before the present election took place*».

Anche questa volta, come in *Harris II*, si dissocia dalla maggioranza il *Chief Judge* Wells, il quale, senza redigere una propria *opinion*, rimarca il proprio dissenso per ragioni di opportunità, essendo imminente il deposito della seconda decisione sul caso *Bush v. Gore* (*Bush II*), – per ironia della sorte pubblicata lo stesso giorno di *Harris III*, – sia per ragioni di merito che consigliavano di modificare la *opinion* della sentenza cassata per renderla conforme ai rilievi formulati dalla Corte Suprema nella sentenza di rinvio (*Bush I*).

8. La Corte Suprema federale (*Bush II*) invoca *standards* uniformi di scrutinio, ma nel contempo blocca i conteggi manuali

Il *writ of certiorari* concesso il 9 dicembre dall'Alta Corte federale, previa sospensione dei conteggi manuali in corso, verteva essenzialmente su due questioni sollevate dal *petitioner* Bush in sede di impugnazione della sentenza *Harris III*. Si trattava di stabilire, in sostanza, se la Corte Suprema della Florida aveva fissato nuovi *standards* per dirimere le controversie (*contests*) sulla elezione presidenziale, in violazione dell'Art. II, sez. I, cl. 2 della Cost. e della disposizione sul *safe harbor* di cui al titolo 3 U.S.C. §5; e, in ipotesi subordinata, se il ricorso a *manual recounts* privi di *standards* sia in contrasto con la *equal protection* e con la *due process clause*.

L'*opinion per curiam*, – condivisa da una maggioranza di cinque giudici su nove, sia pure con alcuni distinguo illustrati in una *concurring opinion* dal *Chief Justice* Rehnquist, – ritiene fondata la seconda censura. Difatti, la delega al corpo elettorale del potere di investitura dei grandi elettori presidenziali, introdotta da tutte le legislature statali, – ancorché reversibile a mente dell'Art. II, sez. I, cl. 2 della Costituzione federale, – attribuisce ai cittadini dei singoli Stati un diritto di voto costituzionalmente protetto e assoggettato al principio *one man, one vote*, in forza del quale a ciascun elettore è riconosciuta pari dignità e a ogni voto è accordato un identico valore (*equal weight*)[35]. La guarentigia della *equal protection*, nella fattispecie, implica la messa al bando di qualsiasi trattamento arbitrario e differenziato ad opera del legislatore statale, che porti a valutare in modo difforme i voti espressi dai singoli elettori[36].

Orbene, il divieto di discriminazioni applicato alle procedure di *manual recount* presuppone la individuazione di criteri uniformi in sede di riscontro delle schede (*ballots*). Fatto sta che la autonomia delle contee ha portato alla diversificazione delle *ballot cards* e alla corrispondente introduzione di specifiche modalità di esercizio del diritto di voto conformi alla tipologia di scheda adottata. Questo fenomeno rende meno agevole la individuazione di *stan-*

---

[35] In *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963), la Corte Suprema applicò il principio *one person, one vote* ravvisando una violazione costituzionale nel comportamento di uno Stato che aveva accordato un trattamento arbitrario e differenziato a elettori residenti nelle sue differenti contee. Con riferimento alle elezioni presidenziali, in *Moore v. Oglivie*, 394 U.S. 814 (1969), fu invalidata una procedura che, nel procedimento di *nomination*, diluiva l'influenza dei cittadini di una contea in contee più grandi, poiché l'idea che ad un gruppo possa essere garantita una maggior forza elettorale contrasta con il principio *one man, one vote* su cui si fonda il sistema rappresentativo.

[36] *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 665 (1966).

dards uniformi di valutazione dei voti espressi ed esalta, per converso, la discrezionalità dei *recount teams* in caso di scrutinio manuale di verifica.

Il problema si fa particolarmente delicato con riferimento alle *punching-card ballots*, schede elettorali cartonate da perforare, che talvolta presentano dei coriandoli non perfettamente distaccati e non risultano pertanto leggibili dalle macchine scrutinatrici. Se in sede di *manual recount* si deve identificare l'*intent of the voter*, – come opportunamente prescritto dalla Corte Suprema della Florida, – diventa indispensabile determinare a priori dei criteri che consentano di attribuire il medesimo significato a ogni segno di pressione, foro o graffio, in modo da stabilire con certezza quando ci si trovi di fronte a una scheda bianca (*undervote*) o, viceversa, a una scheda che rechi una valida espressione di voto.

La scelta di estendere i *manual recounts* a tutte le schede nelle tre contee di *Miami-Dade*, *Palm Beach* e *Broward* ha aumentato le difficoltà, poiché sono state scrutinate sia le schede bianche (*undervotes*) che quelle recanti più di un voto (c.d. *overvotes*). Tale verifica, se estesa a tutto lo Stato, avrebbe portato al riesame di circa 110.000 *overvotes* con evidenti ripercussioni sull'esito della consultazione. La Corte della Florida, non ritenendo opportuno un conteggio manuale *statewide* degli *overvotes*, ha introdotto una ulteriore disparità di trattamento tra cittadini, che discrimina gli elettori la cui scheda sia stata erroneamente annullata per la presenza di una supposta doppia obliterazione rilevata dalla macchina ovvero sia stata considerata valida ancorché recante su due distinti coriandoli due inequivoci segni di punzonatura, di cui uno solo leggibile dalla *counting machine*.

Effettuare i nuovi conteggi nel pieno rispetto dei requisiti minimi nei quali si sostanziano i principi della *equal protection* e del *due process* presuppone l'adozione di criteri uniformi in tutta la Florida per la qualificazione di un voto legale (*legal vote),* l'introduzione di procedure di scrutinio che garantiscano la concreta applicazione di siffatti criteri e, infine, la predisposizione di controlli giurisdizionali idonei a dirimere le inevitabili controversie che possono insorgere in sede di *screening* delle schede non lette dalle macchine. In definitiva, l'applicazione nei conteggi manuali di quegli *standards* costituzionali minimi conformi al principio di uguaglianza, richiamati anche da *Harris I*, richiede un ampio arco temporale che abbraccia tutta la fase post-elettorale fino alla *statutory deadline* del 12 dicembre 2000, di cui il legislatore della Florida intende esplicitamente avvalersi per condurre nel *safe harbor* i risultati della consultazione popolare. Per dirla con la Corte, «*a desire for speed is not a general excuse for ignoring equal protection guarantees*».

L'argomentazione della Corte è dunque ineccepibile: i conteggi manuali vanno fatti in presenza di *standards* uniformi previamente fissati in sede legislativa o amministrativa e con tutte le garanzie per la identificazione dei voti

legali, che rechino una inequivoca espressione dell'*intent of the voter*, ed eseguiti in tempi congrui e ragionevoli, ma comunque entro il termine fissato dalla legge federale per la validazione dei risultati elettorali dei singoli Stati e cioè entro il sesto giorno antecedente la data fissata per la riunione dei grandi elettori. Fatto sta che questo termine nell'anno 2000 coincide con la data di deposito della sentenza *Bush II*, ragion per cui, sotto la spada di Damocle della *statutory deadline*, non è possibile in concreto procedere a nuovi conteggi nel rispetto dei principi costituzionali di riferimento. Ne consegue che i precetti di *Bush II* degradano a mere direttive di principio a futura memoria, rivolte al Legislativo e all'Esecutivo della Florida affinché adottino le opportune revisioni normative e regolamentari capaci di scongiurare il ripetersi di situazioni analoghe al marasma post-elettorale dell'anno 2000.

L'*opinion per curiam*, come si è visto, affronta nel merito la questione dei conteggi manuali e delle modalità di espletamento degli stessi, dando per scontata la legittimazione della Corte federale a pronunciarsi sulla materia elettorale di pertinenza degli Stati. La *concurring opinion*, vergata dal *Chief Justice* William Rehnquist e condivisa dai giudici Antonin Scalia e Clarence Thomas, colma questa lacuna fornendo una motivazione a sostegno dell'intervento censorio della Corte.

Il principio che regola il riparto di giurisdizione tra i due livelli, federale e statale, prescrive che ciascuno dei due ordini giudiziari è competente a fornire la interpretazione della legge emanata dal corrispondente organo legislativo e che la Corte Suprema debba prestare ossequio alle decisioni delle corti statali concernenti questioni di diritto statale, in quanto pronunce definitive espressive della sovranità degli Stati membri [37]. Nondimeno, la materia delle elezioni presidenziali trova un suo fondamento nella Costituzione federale che all'Art. II, sez. 1, cl. 2 attribuisce il potere di stabilire le modalità di designazione dei grandi elettori alle Legislature degli Stati [38], escludendo implicitamente un potere normativo delle corti, e implica un interesse nazionale meritevole di salvaguardia in sede di *judicial review* in presenza di discipline statali restrittive [39].

La Corte Suprema è dunque chiamata a vegliare sul rispetto della Costituzione federale e di quelle norme legislative federali tese a garantire l'interesse nazionale a un corretto espletamento delle procedure di selezione della suprema magistratura del Paese. Assume particolare rilievo al riguardo la sez.

---

[37] In questo senso, cfr. *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

[38] Potere singolarmente ampio e discrezionale, come ebbe occasione di illustrare la Corte nel caso *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892).

[39] Cfr. *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780, 794-795 (1983).

5 del titolo 3 *U.S. Code*, nella misura in cui fissa una barriera temporale per la ultimazione di tutte le operazioni elettorali e contenziose finalizzate alla designazione degli elettori a livello statale, che consenta di emettere una *final determination* in ordine alla composizione del Collegio dei grandi elettori conforme alle leggi statali vigenti il giorno della consultazione elettorale (*Election Day*).

La Corte della Florida, in realtà, ha modificato il Codice Elettorale dopo la chiusura delle urne, di fatto usurpando poteri conferiti alla Legislatura statale dall'Art. II Cost. e frustrando la volontà del legislatore di avvalersi del *safe harbor* predisposto dalla sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code*. Difatti, la sentenza *Harris I* ha posticipato di sette giorni il termine legale per la certificazione ufficiale dei risultati, allungando il termine per i reclami amministrativi (*protests*), e decurtando conseguentemente quello per i ricorsi giurisdizionali (*contest*). La sentenza *Harris II*, inoltre, ha fornito una interpretazione del «*voto legale*» che non trova riscontro nella legislazione della Florida, dove non si fa menzione alcuna di schede impropriamente obliterate o comunque non punzonate nel modo illustrato dalle istruzioni di voto presenti nei seggi. È un fatto che mai prima d'ora, – come ha attestato l'*Attorney General* della Florida, – si sono conteggiate come voti validi le schede con coriandolo parzialmente staccato (*ballots with hanging paper chads*).

La Corte degli Stati Uniti è dunque pienamente legittimata a ribaltare la decisione della Corte statale, – che confisca arbitrariamente il potere di stabilire l'interpretazione vincolante del Codice Elettorale, attribuito al segretario di Stato dalle sezioni 97.012 e 106.23 *Florida Statutes*, – e a enunciare «*an independent, if still deferential, analysis of state law*» conforme all'Art. II Cost., ripristinando una corretta lettura della legislazione elettorale della Florida, fondata sulla intenzione del legislatore.

Quando la Corte Suprema della Florida ha ordinato, solo quattro giorni prima che scattasse la ghigliottina prevista dal tit. 3 U.S.C. §5, i *full manual recounts* per controllare gli *undervotes* riscontrati in 64 delle 67 contee della Florida poteva ben immaginare che, – a prescindere dalla correttezza e legittimità dei conteggi in assenza di *standards* omogenei di scrutinio, – era del tutto inverosimile confidare in un loro fulmineo espletamento, tale da garantire la designazione popolare dei 25 grandi elettori dello Stato. La pronuncia *Harris II*, pertanto, oltre a frustrare il *legislative wish* del legislatore statale di avvalersi della *safe harbor clause*, introdotta dalla legge federale, ha reso concreta la prospettiva di vanificare il voto correttamente espresso dalla stragrande maggioranza degli elettori della Florida.

9. Ambiguità del dispositivo e difetto di giurisdizione della Corte Suprema federale alla luce delle *dissenting opinions* nel caso *Bush II*

Il caso *Bush v. Gore* (*Bush II*) ha letteralmente spaccato in due la Corte Suprema degli Stati Uniti, come attestano le quattro *dissenting opinions*, redatte dai *Justices* Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer in un crescendo di vigore polemico, che riflette fedelmente il clima surriscaldato dallo scontro politico in atto nel Paese.

John Paul Stevens, – la cui *opinion* è condivisa dai giudici Ginsburg e Breyer, – ritiene non sussistano i presupposti per un intervento cassatorio della Corte federale che contraddica la costante prassi di deferenza per le *opinions* espresse dalle corti statali in tema di interpretazione della legislazione dei singoli Stati. Se l'Art. II, sez.1, cl. 2 Cost. attribuisce alla Legislatura di ciascuno Stato il potere di determinare le modalità di selezione dei grandi elettori, non per questo preclude alla Corte Suprema della Florida di esercitare la *judicial review* sul potere legislativo statale *ex* Art. V della Costituzione del «*Sunshine State*» e di fornire conseguentemente interpretazioni definitive e vincolanti (*final answers*) delle norme legislative statali.

Inoltre, la omessa individuazione di specifici *standards* da parte della Corte di Tallahassee per accertare l'*intent of the voter* non integra *ex se* una violazione della *equal protection*, giacché, – giusta quanto statuito in *Reynolds v. Sims* [40], – la vulnerazione del principio di uguaglianza va valutata in concreto, quando voti identici in uno stesso Stato vengono valutati in modo difforme. A codesto inconveniente può, tuttavia, rimediare in sede di *judicial review* sulla correttezza delle operazioni di *manual recount* la competente istanza giudiziaria statale, senza che si debba scomodare la Corte Suprema degli Stati Uniti.

In fin dei conti, le sentenze *Harris I* e *Harris II*, prolungando il termine per la certificazione dei risultati e ordinando nuovi conteggi manuali, non hanno introdotto alcuna sostanziale modifica della legislazione elettorale, ma si sono limitate a risolvere le controversie *sub iudice*, cercando di dare concreta attuazione al principio dell'*intent of the voter* e procurando di consentire il computo di tutti i voti legalmente espressi.

Stevens non condivide neanche la interpretazione che considera invalicabile il termine di cui alla sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code* per la asseverazione dei risultati elettorali statali in caso di contenzioso e, a sostegno della sua tesi, cita

[40] 377 U.S. 533, 568 (1964).

un significativo precedente del 1960. Proprio nelle epiche elezioni che contrapposero Nixon a Kennedy, lo Stato delle Hawaii designò due distinte delegazioni di grandi elettori e il Congresso decise di prendere in considerazione quella nominata il 4 gennaio 1961, ben oltre la *statutory deadline*, con buona pace della *safe harbor provision*. Il governatore in carica il 28 novembre aveva assegnato la vittoria ai repubblicani, ma fu poi eseguito, il 13 dicembre 1960, un nuovo conteggio che ribaltò il precedente risultato. Quando, il primo lunedì successivo al secondo mercoledì di dicembre, si riunirono i grandi elettori per depositare i loro voti, a Honolulu si presentarono due contrapposte delegazioni, ma il 4 gennaio 1961 il governatore democratico neoeletto certificò come legittimi gli elettori democratici e il Congresso ne prese atto il 6 gennaio, giorno fissato per il conteggio a Washington dei voti elettorali.

Stevens, sconsolato per la improvvida decisione della maggioranza, conclude sottolineando il *vulnus* inferto dalla sentenza *Bush II* alla credibilità del sistema giudiziario con parole amare che non hanno bisogno di commento: «*Although we may never know with complete certainty the identity of the winner of this year's Presidential election, the identity of the loser is perfectly clear. It is the Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law*».

L'opinione dissenziente di Souter, condivisa *in toto* da Breyer e parzialmente da Stevens e Ginsburg, si sofferma sulla pretesa modifica della legislazione elettorale da parte della Corte della Florida, che avrebbe legittimato l'intervento censorio della Corte Suprema federale per asserita violazione dell'Art. II, sez. 1, cl. 2 della Cost. federale.

A parere di David Souter, la interpretazione delle norme sul contenzioso elettorale operata in *Harris II* non è in contrasto con la sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code*, giacché la disposizione quivi contenuta non impone agli Stati di esaurire il contenzioso entro il sesto giorno antecedente la riunione del Collegio dei grandi elettori, ma si limita a sanzionare la inosservanza del termine predetto con la perdita del beneficio del *safe harbor*, fermo restando che, a mente della sez. 15 del titolo 3 *U.S. Code*, spetta in tal caso al Congresso risolvere in sede politica la disputa concernente la designazione dei grandi elettori.

Neanche la interpretazione giudiziaria del Codice Elettorale della Florida, – nella parte in cui subordina l'ammissibilità dei ricorsi giurisdizionali all'acclarato «*rigetto di un certo numero di voti legali sufficiente a cambiare o revocare in dubbio il risultato dell'elezione*»[41], – è così irragionevole da configurare l'attività della Corte Suprema statale come *nonjudicial*, ovvero suscettibile di produrre nuove norme del tutto svincolate dalle disposizioni in questione.

---

[41] §102.168(3)(c) *Florida Statutes*.

Nel definire come voto legale quello che contiene «*la chiara indicazione dell'intento dell'elettore come determinato da un canvassing board*», la Corte si è richiamata alla lettera della sez. 101.5614(5) *Florida Statutes*, dove, – con riferimento alle schede danneggiate o difettose, – si afferma il principio che nessun voto deve essere trascurato se dall'esame della scheda sia possibile stabilire l'intento dell'elettore. Considerata la finalità del legislatore di accertare in ogni modo l'*intent of the voter*, può, altresì, considerarsi ragionevole e di buon senso la riconduzione del mancato computo del voto nell'ambito semantico del termine rigetto (*rejection*). La stessa cosa può dirsi della lettura che la maggioranza della Corte statale ha fornito della frase «*voti sufficienti a cambiare o revocare in dubbio*» il risultato elettorale a livello statale: difatti, nella *opinion per curiam* di *Harris II* si sostiene plausibilmente che un ricorso giurisdizionale (*contest*) è ammissibile quando il numero di schede non conteggiate è così elevato da far ritenere che esse contengano una quantità di voti legali sufficienti a ribaltare il risultato elettorale (*to swing the election*).

In definitiva, la Corte di Tallahassee non ha travalicato i confini dell'attività interpretativa e tanto meno usurpato il potere normativo della Legislatura statale come sostiene la maggioranza, ma ha solo prospettato una ricostruzione dello schema legislativo in materia di contenzioso elettorale conforme alla conclamata finalità di decifrare sempre e comunque la volontà dell'elettore.

Souter affronta, infine, il problema sollevato da Bush nella *equal protection claim* con riferimento alla difformità dei criteri impiegati per interpretare i segni sulle c.d. *undervote ballots*, ovvero sulle schede non lette dalle macchine scrutinatrici. Se esistono criteri diversi, logica e buon senso avrebbero suggerito di rinviare il caso alle corti della Florida con istruzioni per la individuazione di *standards* uniformi riferiti ai diversi tipi di schede, da adottarsi nei nuovi conteggi manuali plausibilmente esperibili, – contrariamente a quanto sostiene la maggioranza, – entro il 18 dicembre, data fissata per la riunione dei grandi elettori. Questa estrema verifica avrebbe posto rimedio anche alla improvvida ordinanza di sospensione dei conteggi emessa dalla Corte Suprema in data 9 dicembre nelle more della discussione in pubblica udienza del caso in commento.

Ruth Bader Ginsburg si segnala per un atteggiamento di ferma e intransigente opposizione alla linea argomentativa della maggioranza: l'accusa di faziosità a Scalia, pronubo dell'«alleanza conservatrice», e a Rehnquist, autore della *concurring opinion*, si legge tra le righe della opinione dissenziente e risulta evidente in quel secco «*I dissent*» che la sigilla in modo lapidario, senza neanche il beneficio del *respectfully*, avverbio rituale imposto dal galateo giudiziario.

Bersaglio polemico della Ginsburg, che *in parte qua* ottiene la piena ade-

sione di Stevens, Souter e Breyer [42], è la tesi del *Chief Justice*, in forza della quale la Corte federale sarebbe legittimata a contrapporre una propria interpretazione del Codice Elettorale della Florida, conforme all'Art. II della Costituzione, a quella distorta fornita dalla *high court* statale.

La Corte ha infranto una regola aurea della sua giurisprudenza che impone di prestare deferenza alle decisioni delle Corti Supreme statali, alle quali compete in via esclusiva interpretare le leggi del proprio Stato. Le statuizioni delle Corti statali sono dunque vincolanti, salvo quando si rivelino così scorrette e irragionevoli nella loro applicazione da conculcare un diritto sancito dalla Costituzione federale o da ostruirne l'esercizio [43]. Codesta prassi, ispirata al principio del *cooperative judicial federalism* [44], avrebbe imposto un approccio più cauto e un rigoroso *self-restraint*. Viceversa, la Corte ha tenuto un atteggiamento intrusivo e lo ha fatto appoggiandosi a tre precedenti del tutto eccezionali, il cui richiamo da parte di Rehnquist appare a dir poco pretestuoso.

Il primo dei casi citati dal *Chief Justice*, il *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee* [45], – che risale al lontano 1813 e anticipa il più famoso *Martin v. Hunter's Lessee* [46], – concerneva la erronea interpretazione di leggi statali sulla confisca penale (*forfeiture*) ad opera della corte d'appello della Virginia, che avrebbe privato un cittadino britannico di terre a lui assegnate da trattati federali, e venne deciso in un momento in cui si paventava un'offensiva degli Stati contro la Corte Marshall, considerata troppo sbilanciata a favore dello Stato federale. Il caso *Patterson* [47] del 1958, – che si colloca nel contesto della opposizione sudista al movimento dei diritti civili, – statuì che la Corte Suprema dell'Alabama aveva male applicato le sue norme procedurali per costringere la NAACP [48], – denegando la *review* di un *contempt order* emesso dal giudice di merito contro detto sodalizio antisegregazionista, – a divulgare l'elenco dei suoi iscritti. Infine, nel caso *Bouie* del 1964 [49], – con riferimento a un *sit-in*

---

[42] Souter e Breyer, a differenza di Stevens, sottoscrivono solo questa parte della *dissenting opinion* vergata dalla Ginsburg.

[43] Cfr., in questo senso, *Central Union Telephone Co. v. Edwardsville*, 269 U.S. 190 (1925).

[44] *Lehman Brothers v. Schein*, 416 U.S. 386, 391 (1974).

[45] 7 Cranch 603 (1813).

[46] I Wheat. 304 (1816). In questa sentenza la Corte ribadì la propria prerogativa di riesaminare questioni di rilievo costituzionale già vagliate dalle Corti Supreme statali ai sensi della sez. 25 del *Judiciary Act* del 1789.

[47] *NAACP v. State of Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).

[48] L'acronimo sta per *National Association for the Advancement of Colored People*.

[49] *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964).

attuato dal movimento per i diritti civili, – si sosteneva la illegittimità, per violazione del *due process*, di una interpretazione retroattiva delle leggi della South Carolina in materia di *trespass*, introdotta dalla Corte Suprema di quello Stato, che di fatto criminalizzava la condotta dei manifestanti.

Si tratta di tre interventi giustificati dalla necessità di garantire diritti costituzionali a fronte di decisioni chiaramente liberticide che, – nei due casi più recenti, – evidenziavano, in talune Alte Corti statali del Sud, un orientamento incline al segregazionismo. Appare, però, francamente eccessivo, – come sottolinea la Ginsburg, – mettere sullo stesso piano la attendibile lettura della legislazione elettorale fornita dalla Corte della Florida e la giurisprudenza discriminatoria elaborata dalle omologhe Corti del Sud a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta ai tempi delle *Jim Crow laws*[50].

Stando alla linea argomentativa del *Chief Justice*, la Corte Suprema degli Stati Uniti sarebbe legittimata *ex* Art. II Cost. a vigilare sui rapporti tra Potere Legislativo e Potere Giudiziario all'interno di ciascuno Stato, censurando le interpretazioni della legge statale elaborate in sede giurisdizionale, che configurino, a suo giudizio, uno sconfinamento di potere. Così facendo, tuttavia, si vulnera la sovranità degli Stati e, più in particolare, la precipua prerogativa loro riconosciuta dall'Art. IV, sez. 4 Cost. di dotarsi di una forma di governo repubblicana, ovvero di decidere circa la distribuzione dei poteri e le modalità del loro esercizio[51].

L'esistenza di due distinti livelli di *judicial review* riferiti ai corrispondenti ordinamenti legislativi statale e federale è direttamente correlata al sistema di doppia sovranità instaurato dai Padri Fondatori e l'ossequio che la Corte Suprema federale deve alle pronunce delle corti dei singoli Stati costituisce il vero e proprio nocciolo del federalismo (*the core of federalism*).

La Ginsburg mostra, infine, di non condividere le preoccupazioni della maggioranza circa le pretese violazioni della *equal protection clause*. Il rischio connesso alla mancanza di *standards* uniformi costituisce un mero pretesto per impedire nuovi conteggi: la Corte, d'altro canto, con l'odinanza di sospensione cautelare emessa il 9 dicembre, ha mostrato chiaramente di voler ostacolare le verifiche prima ancora di emettere una decisione di merito.

Appare altresì pretestuoso aver configurato come termine perentorio la

---

[50] *Jim Crow laws* sta per legislazione segregazionista degli Stati del Sud, mirante a eludere la decisione *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954), con la quale la Corte Suprema, ribaltando la dottrina del «*separate but equal*», enunciata in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), diede impulso alle politiche di integrazione razziale, giudicate le sole conformi alla *equal protection clause* di cui al XIV Emendamento.

[51] Cfr. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 460 (1991), nonché *Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew*, 300 U.S. 608, 612 (1937).

scadenza c.d. del *safe harbor* (12 dicembre 2000), che si ricava dalla sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code*, poiché nel procedimento per la elezione del *Chief Executive* esistono altre date significative stabilite dalla legge federale, quali, ad esempio, quella fissata dalla sez. 7 del titolo 3 *U.S. Code* per la riunione dei grandi elettori (primo lunedì successivo al secondo mercoledì di dicembre, che nell'anno 2000 cade il 18), ovvero quella prevista dalla sez. 12 del titolo 3 *U.S. Code* per l'inoltro da parte del Congresso agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto della richiesta di certificazione attestante l'esito della consultazione elettorale (quarto mercoledì di dicembre, che nell'anno 2000 cade il 27). L'unico termine che può considerarsi perentorio è, in realtà, il sesto giorno di gennaio, data fissata dalla sez. 15 del titolo 3 *U.S. Code* per l'accertamento della validità dei voti elettorali da parte del Congresso, che segna il culmine del barocco procedimento per la designazione del Presidente.

La Corte ha sancito che non è possibile condurre un nuovo tempestivo *manual recount* costituzionalmente corretto e si è ingegnata a dimostrare l'esistenza di termini invalicabili che nella fattispecie non consentono di effettuare le opportune verifiche con lo scrupolo e la diligenza imposte dalle circostanze. È evidente che la previsione, – la cui fondatezza fa perno sulla pretesa perentorietà della scadenza di cui alla sez. 5 del titolo 3 *U.S. Code*, – fa tutt'uno con il chiaro intendimento della maggioranza di chiudere senza indugio il contenzioso post-elettorale. E codesta consapevolezza induce la Ginsburg a ribadire vigorosamente, ma con senso di stizzita impotenza, che «*such an untested prophecy should not decide the Presidency of the United States*».

Il dissenso meglio argomentato si deve a Stephen Breyer[52], il quale dimostra che la Corte non doveva entrare nel merito delle questioni sollevate dai ricorrenti e tantomeno concedere la sospensione dei conteggi manuali in corso.

Breyer considera insussistenti le violazioni della *equal protection clause* denunciate con riferimento alla mancata inclusione degli *overvotes* nelle operazioni di conteggio manuale ovvero alla estensione dei *recounts* a tutte le schede piuttosto che alle sole schede bianche (*undervotes*), disposta in alcune contee: in entrambi i casi non è stata fornita prova che una diversa conduzione dei conteggi avrebbe portato a identificare voti legali aggiuntivi.

Solo l'assenza di un criterio omogeneo nelle operazioni di *recounts* solleva qualche problema di correttezza più che di legittimità e avrebbe consigliato alla Corte Suprema della Florida di indicare uno *standard* uniforme teso a evitare favoritismi in sede di attribuzione dei voti in casi controversi. La questione, tuttavia, è di stretta competenza della giurisidizione statale e non pre-

[52] Sulla *dissenting opinion* di Breyer concordano in parte i *Justices* Stevens, Ginsburg e Souter.

senta implicazioni a livello di Costituzione federale. Deve dunque considerarsi priva di fondamento giuridico la decisione di bloccare del tutto il *recount*, adottata dalla maggioranza con una motivazione che fa leva solo sulla mancanza di tempo. Sarebbe stato più plausibile come rimedio, nonostante la data così tarda, il rinvio del caso alla Corte inferiore con le opportune istruzioni per un nuovo scrutinio manuale di tutti i voti *undercounted* della Florida sulla base di un criterio uniforme.

D'altronde, solo la Corte Suprema statale può stabilire se, una volta scavalcata la *safe harbor deadline* (12 dicembre), di cui al titolo 3 U.S.C. §5, vi sia spazio, a norma della legge statale, per un ulteriore *recount* da ultimarsi entro la data (18 dicembre) prevista dalla legge per la riunione dei grandi elettori. Il blocco del *manual recount* imposto dalla maggioranza ha come unico effetto, a prescindere dalla omogeneità dei criteri di scrutinio, quello di impedire il recupero di voti legali non conteggiati e pertanto costituisce un rimedio che è peggiore del danno lamentato (*remedy out of proportion to asserted harm*).

Breyer disapprova l'intrusione della Corte Suprema nel territorio riservato alla giurisdizione statale e ritiene capziosa la motivazione che la giustifica, come esposta da Rehnquist nella sua *concurring opinion*. A parere del *Chief Justice*, difatti, l'interpretazione dell'Art. II, sez. 1, cl. 2 sarebbe condizionata dal titolo 3 U.S.C. §5, atteso che il desiderio del potere legislativo statale di avvalersi della *safe harbor provision* precluderebbe alle corti statali di introdurre interpretazioni della legislazione elettorale tali da frustrare siffatto *legislative wish*. Codesta conclusione appare francamente inaccettabile, poiché da una presunzione di validità dei risultati asseverati entro la *statutory deadline* di cui al titolo 3 U.S.C. §5 fa derivare un obbligo di completare i conteggi manuali entro il medesimo termine e, di fatto, va ben oltre l'intento del legislatore.

Alla Corte della Florida non si può, dunque, imputare una interpretazione distorsiva del Codice Elettorale. Difatti, il differimento della scadenza per la certificazione dei risultati elettorali dal 14 al 26 novembre disposto in *Harris I*, – che peraltro non ha più rilevanza in quanto superato dagli eventi, – scaturisce da un conflitto lessicale di norme legittimamente risolto in sede di interpretazione sistematica. Il *manual recount* degli *undervotes* disposto senza tener conto della *safe harbor deadline* (12 dicembre) non può considerarsi un rimedio *contra legem*, poiché non era possibile stabilire a priori la durata dei nuovi conteggi e i ritardi sono in parte ascrivibili alla improvvida ordinanza di sospensione concessa dalla Corte federale. Infine, la definizione di voto legale fornita dalla Corte della Florida in *Harris II* diverge dalla interpretazione del segretario di Stato, cui compete l'applicazione delle leggi elettorali, ma è comunque legittima dal momento che nessuna norma della Florida impone alla Corte Suprema statale di recepire come irretrattabile la nozione elaborata dal segretario di Stato e, nella fattispecie, l'aver qualificato voto legale «*a vote*

recorded on a ballot that clearly reflects what the voter intended» non può considerarsi una interpretazione così irragionevole da configurare una distorsione della legge della Florida costituzionalmente inammissibile.

L'unica questione di un certo pregio trattata nella *opinion per curiam* concerne, dunque, l'adozione di *standards* omogenei e tendenzialmente uniformi, ma, come si è visto, Breyer la considera una questione di mera correttezza procedurale e, in ogni caso, i profili attinenti alla pretesa violazione della *equal protection clause* vanno rigorosamente risolti a cura della Corte statale nell'ambito della legislazione elettorale della Florida.

D'altronde, la risoluzione delle controversie elettorali è di pertinenza delle corti statali e la Corte Suprema degli Stati Uniti, soprattutto quando la posta in gioco è così alta a livello nazionale, deve attenersi a un doveroso *self-restraint* senza avventurarsi in *tangential legal disputes*, la cui soluzione si riverbera sul piano politico, decidendo l'esito di una consultazione elettorale. A questa conclusione si perviene se si considera che il XII Emendamento attribuisce al Congresso il potere e la responsabilità di contare i voti elettorali e che lo stesso *Electoral Count Act* del 1887 precisa che, quando gli Stati non siano riusciti a risolvere in sede amministrativa o giurisdizionale controversie elettorali, spetta al Congresso risolverle in sede politica [53]. Sia i Padri Fondatori che il Congresso a cento anni di distanza hanno voluto, senza ombra di dubbio, tener fuori la Corte Suprema degli Stati Uniti dalle contese elettorali, proprio perché, quando si tratta di decidere l'esito di elezioni presidenziali, l'organo rappresentativo ha sicuramente maggiore legittimazione democratica di un collegio giurisdizionale non elettivo.

Per Breyer si doveva far tesoro dell'insegnamento del grande Brandeis, il quale, quando occupava uno scranno in seno all'Alta Corte federale, ebbe a dire con la sua sagace ironia: «*The most important thing we do is not doing*»; viceversa, la maggioranza, nel caso in commento, si è pericolosamente esposta con un comportamento autolesionistico «*that may harm not just the Court, but the Nation*».

10. Precisazioni a futura memoria della Corte Suprema della Florida nella sentenza *Harris IV*

L'ultima sentenza della *Florida Supreme Court*, emessa su rinvio (*on remand*) della Corte Suprema federale dopo il *concession speech* di Gore, si segnala per

[53] Cfr. 24 Stat. 373, 3 U.S.C. §§5, 6 e 15.

alcune puntualizzazioni, esposte in due *concurring opinions*, che, per un verso, ribadiscono il netto dissenso tra le due Corti e, per altro verso, insinuano ulteriori sospetti di partigianeria nei confronti della decisione *Bush II*.

Nell'opinione *per curiam*, la Corte Suprema degli Stati Uniti, onde avvalorare la asserita violazione degli *equal propection rights*, sostiene che lo *standard* legale adottato per l'esame manuale delle schede in Florida, ancorché ineccepibile in astratto, risulta carente e sostanzialmente discriminatorio per l'assenza di criteri specifici che garantiscano in concreto la *equal application* ovvero il principio basilare, consistente nella identificazione dell'*intent of the voter*. Ritendendo, peraltro, che i *manual recounts* dovessero concludersi entro il 12 dicembre 2000, come previsto dal titolo 3 U.S.C. §5, essa ha di fatto impedito alla Corte statale di determinare i criteri applicativi congrui con il principio enunciato nel Codice Elettorale della Florida alla sez. 101.5614(5). La Corte di Tallahassee non ha potuto, dunque, concedere il rimedio conforme alla *equal protection clause* invocato dal giudice di rinvio, ma si sarebbe verosimilmente astenuta dal farlo, ritenendo che sia in ogni caso la Legislatura statale la sede più idonea per la formulazione di ragionevoli criteri di interpretazione della volontà degli elettori.

Il giudice Shaw, nella sua opinione concorrente, sottolinea l'ambivalenza dei principi legali che governano la materia elettorale e la difficoltà di garantire la ricerca della verità, ovvero l'accertamento di chi ha effettivamente vinto le elezioni presidenziali, e di assicurare, nel contempo, che ciascun voto espresso sia effettivamente computato. In particolare, le guarentigie costituzionali del *due process* e della *equal protection* postulano il rispetto in sede applicativa di fondamentali norme di condotta conformi ai principi di correttezza, affidamento e prevedibilità (*fairness, reliability, and predictability*), cosicché «*although the pursuit of the truth and the preservation of the right to vote are worthy goals, they cannot be achieved in a manner that contravenes these principles*».

Shaw, già contrario al *manual recount* disposto dalla maggioranza in *Harris II* per mancanza di direttive sulle modalità dello scrutinio, sottolinea l'ambiguità e contraddittorietà della sentenza di rinvio, dove si invoca bensì la fissazione in sede giurisdizionale di *guidelines* capaci di soddisfare il *due process* e la *equal protection*, ma, d'altro canto, si proclama scadenza indifferibile (*«drop-dead» date*) il termine del 12 dicembre di cui al titolo 3 U.S.C. §5. In realtà, la legislazione elettorale della Florida non autorizza a identificare una scadenza, anteriore al 6 gennaio, che possa funzionare da ghigliottina per le operazioni di scrutinio e di verifica dei risultati: siffatta interpretazione della *safe harbor provision* insospettisce, in quanto indispensabile presupposto per la immediata cessazione dei *manual recounts* decretata dalla Corte.

Certo si è che la vicenda ha del paradossale non solo per l'ambiguità delle

opinioni di maggioranza esposte in *Bush II*, stigmatizzata da ben quattro giudici dissenzienti, ma anche per carenze e contraddizioni presenti nel Codice Elettorale e per la compresenza nelle 67 contee della Florida di tecniche di voto diverse, difettose e obsolete. A parere di Shaw, al di là delle pur aspre polemiche che la hanno accompagnata, la conclusione della disputa dimostra come «*The basic principles of our democracy are intact*».

Anche il giudice Pariente, cui si deve la seconda *concurring opinion*, non è affatto persuaso che la *safe harbor provision* abbia introdotto un termine perentorio. A suo dire, anzi, il significato dei diversi limiti temporali previsti dall'*Electoral Count Act* rimane assai oscuro e vien fatto di chiedersi se sia o meno plausibile prevedere che un contenzioso elettorale talvolta complesso debba necessariamente esaurirsi nell'arco di circa trenta giorni dall'*Election Day*.

D'altronde, la vicenda giudiziaria post-elettorale dovrebbe suggerire opportune modifiche del Codice Elettorale volte a facilitare, in sede di contenzioso elettorale (*contests*), il ricorso a *manual recounts* su scala statale, nonché a codificare circostanziati *standards* di riconoscimento e attribuzione dei voti, capaci di circoscrivere la discrezionalità dei *canvassing boards* di contea.

Non appare invece auspicabile un emendamento che escluda tassativamente la possibilità di contare gli *undervotes* in linea con la interpretazione restrittiva sostenuta dal segretario di Stato Harris. Difatti, persistendo varie tipologie di schede, diminuirebbero vistosamente le probabilità di considerare voti legali quelli non leggibili dalle macchine e si introdurrebbero disparità di trattamento, censurabili per violazione del principio costituzionale di uguaglianza, tra elettori delle diverse contee. Il sistema a lettura ottica (*optical scanner system*) è notoriamente molto più efficiente del sistema a perforazione della scheda (*punch-card system*) e gli elettori iscritti nei collegi che adottano quest'ultimo metodo sarebbero inesorabilmente discriminati.

La necessità di migliorare i sistemi di voto e le modalità di scrutinio è innegabile e la soluzione va trovata a livello legislativo in modo da garantire la effettività del diritto di voto, autentico «*bedrock principle of democracy*» che, nelle elezioni presidenziali del 2000, si è rivelato assai precario e vulnerabile.

11. Valutazioni conclusive

Le vicende giudiziarie e le infuocate polemiche che dal 7 novembre al 12 dicembre 2000 hanno contrapposto Bush a Gore rappresentano il rovescio della medaglia di una campagna elettorale scialba, condotta da due candidati al seggio presidenziale incapaci di suscitare entusiasmi per assenza di carisma e per una divergenza programmatica appena percepibile nelle rispettive

piattaforme elettorali, protese a conquistare l'elettorato di centro con lievi accentuazioni in senso *liberal* o *conservative*[54]. È un fatto che il *compassionate conservatism* di Bush ha tenuto egregiamente testa al populismo di Gore, erodendo consensi in quel 20% del corpo elettorale volatile e fluttuante tra i repubblicani e i democratici sulla base di insondabili calcoli di convenienza[55]: il *Grand Old Party* ha così distanziato il partito dell'asino di nove seggi alla Camera dei rappresentanti e, per un soffio, non ha conquistato la maggioranza al Senato, che avrebbe ripristinato, dopo ben 46 anni, la egemonia repubblicana su entrambi i rami del Congresso.

Fatto sta che, nelle elezioni per la Casa Bianca, la scarsa polarizzazione della base elettorale ha determinato una situazione di stallo in molti Stati e, a livello nazionale, una prevalenza di consensi nel voto popolare a favore di Gore, anticipata dagli *exit polls* e amplificata dalle proiezioni diffuse dai media nella notte del 7 novembre[56]. Si deve verosimilmente alle aspettative suscitate dai sondaggi e dai risultati parziali se Al Gore, – complice lo scarto minimo di voti tra i due contendenti registrato in Florida, – si sia avventurato, con il sostegno convinto del *Democratic Party*, in una battaglia giudiziaria condotta con grande dispiegamento di risorse umane e finanziarie. Di certo, la acquisita maggioranza dei suffragi popolari da parte del candidato democratico ha rafforzato vieppiù la determinazione dei suoi sostenitori a impedire che un *minority President* potesse insediarsi a Washington, sanzionando una divaricazione tra voto popolare e voto elettorale che non si verificava dal 1888.

Codesto pregiudiziale quanto inconfessabile rifiuto di un sistema elettorale basato sul principio del *count by State* ha portato, dunque, a scaricare sul Potere Giudiziario un contenzioso squisitamente politico, nel quale il recupero di voti validi a favore di Gore aveva lo scopo di riallineare la maggioranza in seno al Collegio Elettorale con la maggioranza democratica esistente nel Paese.

La trasposizione del conflitto sul piano giudiziario non ha invero niente di scandaloso, poiché negli Stati Uniti la legislazione statale contempla di norma due livelli per la soluzione delle controversie connesse alla verifica degli scru-

---

[54] Sull'ipoteca centrista che ha pesantemente condizionato la corsa alla Casa Bianca, si veda S. Fabbrini, *Stati Uniti: la battaglia per il centro*, ne *il Mulino*, n. 4, 2000, p. 751 ss.

[55] Per un quadro della dislocazione dell'elettorato nelle presidenziali del 2000, si rinvia a F. Romero, *Le elezioni negli Stati Uniti*, in *Europa/Europe*, n. 6, 2000, p. 11 ss.

[56] Si consideri, ad ogni buon conto, che, avendo partecipato al voto solo il 51,21% degli elettori iscritti, la percentuale di consensi ottenuti da Gore, pari al 48,38% dei votanti, corrisponde in realtà al 24,77%, degli aventi diritto al voto e quella di Bush, pari al 47,87% dei votanti, equivale al 24,51% dell'elettorato.

tini, uno amministrativo e uno giurisdizionale. La impugnazione dei risultati in sede giurisdizionale non si può, pertanto, ascrivere tra i fenomeni di patologia istituzionale. Tuttavia, nel caso di specie, le contestazioni di Gore non concernevano brogli, malversazioni, manipolazione di schede o di risultati, ma semplicemente errori di conteggio commessi in buona fede o comunque riferibili a difformi interpretazioni che i *canvassing boards* davano delle istruzioni di voto e delle modalità di lettura delle schede contestate.

Si consideri che, in forza del principio di sussidiarietà, – il quale attribuisce piena competenza agli enti locali nella scelta del tipo di scheda e delle tecniche di espressione del voto, – su sessantasette contee esistenti in Florida, trentanove utilizzano schede a lettura ottica, le quali presentano, in corrispondenza di ciascun candidato, un cerchietto da annerire che viene poi scannerizzato dalla macchina scrutinatrice, ventisei adottano le schede a punzone con un coriandolo da staccare facendo pressione con uno stilo, una contea utilizza *voting machines* munite di leva a mano e, infine, una contea ha conservato le vecchie schede cartacee. All'interno delle due tipologie più diffuse esiste poi una varietà di impostazioni grafiche, che ha dato vita, per esempio, alle c.d. schede «a farfalla», nelle quali i candidati sono disposti in ordine orizzontale piuttosto che verticale, per cui si rischia di obliterare il coriandolo o annerire il cerchietto sbagliato a causa degli accoppiamenti incrociati tra «pallino» e corrispondente candidato. È evidente che in Florida la fantasia degli amministratori locali, con l'avallo dei due maggiori partiti, si è sbizzarrita un po' troppo, tant'è che gli esperti calcolano che in quello Stato il margine di errore nello scrutinio meccanico si aggira intorno al 5% contro una media nazionale del 2%.

Le schede a punzone sono ovviamente quelle che hanno sollevato maggiori problemi e proprio la difficoltà di lettura meccanica di questo tipo di schede, adottato nelle quattro contee di *Palm Beach*, *Broward*, *Miami-Dade* e *Volusia*, ha messo in moto le verifiche manuali con quel vortice di ricorsi che ne hanno cadenzato le operazioni fino a investire le massime istanze giudiziarie statale e federale. A questo punto, la disputa, giocata abilmente sul piano legale, ha subìto un viraggio politico e ha indotto i due contendenti a far conto sulle affinità ideologiche dei giudici, innescando una serie di sospetti e di *arrière-pensées*, che da ultimo sono emersi anche nelle varie *opinions* depositate dai *Justices* della Corte Suprema.

La vicenda, a livello di *high courts*, si è sviluppata in due fasi. La Corte Suprema della Florida, fondando la sua prima decisione (*Harris I*) sul principio di sovranità popolare e sulla connessa necessità di accertare in ogni caso la volontà dell'elettore per far sì che tutti i voti espressi siano effettivamente conteggiati, ha esteso in via interpretativa un termine legale non perentorio sulla certificazione dei risultati elettorali, che avrebbe altrimenti impedito di

portare a termine i *manual recounts* già avviati. Finalità commendevole, congruamente motivata, ma suscettibile, come si è visto, di rilievi in sede di legittimità per supposto sconfinamento nel territorio riservato al Potere Legislativo statale. La Corte Suprema federale si è limitata, in un primo momento, a segnalare con decisione interlocutoria (*Bush I*) il possibile conflitto di potere, nonché la non ortodossa introduzione per via giurisprudenziale di una nuova *rule of law*, virtualmente in conflitto con la legge federale (*Electoral Count Act*) e con l'Art. II, sez. 1, cl. 2 Cost. La Corte di Tallahassee, in sede di rinvio (*Harris III*), si è, però, mostrata irremovibile, sia pure con il pacato e non argomentato dissenso del presidente Wells, convinto della opportunità di modificare la precedente *opinion* e, comunque, di soprassedere alla pronuncia in attesa della decisione del secondo caso *Bush v. Gore* nel frattempo pervenuto all'esame della Corte Suprema. Nel caso *Harris III*, la Corte della Florida ribadisce, dunque, punto per punto le sue persuasive argomentazioni e sottolinea come nel procedimento elettorale il rispetto delle scadenze legislative (*statutory schedule*) debba in ogni caso armonizzarsi con l'esigenza di conteggiare ciascun voto.

Le prime due decisioni, nell'una e nell'altra corte, hanno registrato un orientamento unanime, del quale i commentatori hanno fornito due diverse letture. Quanto ai supremi magistrati della Florida, tutti e sette nominati da governatori democratici, è parso evidente che fossero schierati a sostegno dell'iniziativa di Gore, tesa a garantire un accurato riscontro manuale delle schede non lette dalle macchine (*undervotes*), ma pervicacemente ostacolata da una segretaria di Stato repubblicana non proprio neutrale, in quanto impegnata in prima persona nella campagna elettorale di Bush. L'atteggiamento della Corte federale è stato intepretato, viceversa, come volontà di non interferenza in un contenzioso di pertinenza delle corti statali, accompagnata da un invito, rivolto ai giudici della Florida, ad arbitrare con saggezza ed equilibrio la disputa elettorale.

Con la sentenza *Harris II*, depositata l'8 dicembre a Tallahassee, e lo *stay order* emesso il giorno successivo dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la vicenda prende una piega diversa. Nel primo caso, solo sette giudici su nove insistono sulla opportunità di procedere a *full manual recounts* anche oltre i limiti temporali ricavabili dalla disciplina federale del procedimento elettorale ed emergono, per converso, due significativi dissensi. Il *Chief Judge* Wells percepisce che la controversia sta degenerando e si dissocia per il timore che il protrarsi del contenzioso alimenti una grave crisi istituzionale, richiamando i colleghi sui limiti del sindacato giudiziario in materia elettorale, mentre il giudice Harding taccia di inammissibilità le impugnazioni da parte di Gore di risultati elettorali favorevoli, chiaramente mirate al recupero di ulteriori suffragi in contee a maggioranza democratica.

L'ordinanza cautelare della Corte Suprema, che presuppone la ammissibilità delle questioni di merito e la sussistenza del *periculum in mora* da scongiurare, ovvero la prosecuzione dei conteggi in difetto di un criterio univoco di lettura delle schede, rappresenta il vero e proprio *turning point* di tutta la vertenza. Difatti, lo *stay order* fa tutt'uno con la decisione di presa in considerazione *on the merits* del caso *Bush v. Gore*, nella quale per la prima volta si contrappongono, cinque a quattro, i giudici del Tempio di Marmo e si prefigurano gli schieramenti emersi nella decisione di merito del 12 dicembre (*Bush II*). È singolare che proprio in questa sede, con una procedura inusitata, vengono depositate due succinte motivazioni, una pro e una contro l'ammissibilità del caso e il connesso provvedimento cautelare, a firma rispettivamente di Stevens e di Scalia. Il primo, in dissenso con la maggioranza e confortato dal sostegno di Souter, Ginsburg e Breyer, proclama l'inesistenza di *federal constitutional questions*, che legittimino l'intervento della Corte e avverte che «*Preventing the recount from being completed will inevitably cast a cloud on the legitimacy of the election*». Scalia replica che il computo di voti di dubbia legalità minaccia di produrre un danno irreparabile non solo al ricorrente Bush, bensì a tutto il Paese e che l'ordinanza di sospensione viene emessa in quanto vi è una sostanziale probabilità di successo del *petitioner*.

La decisione di merito del 12 dicembre sul caso *Bush v. Gore* (*Bush II*), che ha ufficialmente posto la parola fine sul contenzioso post-elettorale, è stata adottata con la stessa risicata maggioranza di cinque a quattro che aveva autorizzato la presa in considerazione del caso e disposto la sospensione dei conteggi manuali. Va detto, tuttavia, che, stando ad autorevoli indiscrezioni, i giudici della minoranza Souter e Breyer (quest'ultimo amico personale di Gore) si erano adoprati in camera di consiglio per una soluzione di compromesso che, ribadita la violazione della *equal protection clause*, contemplasse il rinvio del caso con istruzioni alla Corte Suprema della Florida per la fissazione di uno *standard* uniforme da utilizzare nello scrutinio e la successiva prosecuzione del *manual recount*. Su questa ipotesi si pensava potessero convergere entrambi o almeno uno dei due giudici moderati della maggioranza, vale a dire Sandra Day O'Connor e Anthony Kennedy. Il tentativo non ebbe l'esito sperato, tant'è che l'opinione *per curiam* fu redatta proprio da questi due giudici o da uno solo di essi, visto e considerato che alla *concurring opinion*, siglata dal *Chief Justice*, si sono associati gli altri due giudici della maggioranza Antonin Scalia e Clarence Thomas.

Nel caso *Bush II* la Corte si è divisa in modo netto sul dispositivo, ma in modo più articolato sul merito delle questioni esaminate e, dalla lettura delle *dissenting opinions*, si ha la netta percezione di uno scontro durissimo che ha visto i giudici contrapporsi non necessariamente su linee di partito. L'accusa di partigianeria mossa ai giudici della maggioranza ed esasperata dalla tensio-

ne che ha caratterizzato la vigilia della pronuncia va, tuttavia, rimeditata e ridimensionata [57]. Innanzitutto, se si considera l'orientamento di politica giudiziaria tenuto dai vari membri della Corte a far tempo dal loro insediamento, si deve ammettere che gli schieramenti su linee ideologiche non rispecchiano la presunta omogeneità politica tra il singolo magistrato e il Presidente che lo ha designato. Difatti, se si adottasse quest'ultimo criterio, solo due giudici designati da Clinton, il professore di Harvard Stephen Breyer e l'ebrea Ruth Bader Ginsburg, andrebbero ascritti allo schieramento *liberal*. Viceversa, tra gli altri sette, tutti nominati da un Presidente repubblicano, il decano John Paul Stevens, insediato da Ford, ha una solida reputazione di progressista, David Souter, nominato da Bush, è considerato un federalista convinto, tutt'altro che in sintonia con il localismo repubblicano, e gli stessi Anthony Kennedy e Sandra Day O'Connor, designati da Ronald Reagan, non sempre condividono interpretazioni sbilanciate in senso troppo conservatore o progressista. Di conseguenza, si possono considerare inequivocabilmente collocati sul versante conservatore il *Chief Justice* William Rehnquist, membro designato da Nixon nel 1972 e promosso presidente della Corte da Reagan nel 1986, l'italo-americano Antonin Scalia, nominato da Reagan nel 1988, e l'afro-americano Clarence Thomas, nominato nel 1991 da Bush padre in sostituzione del dimissionario Thurgood Marshall, primo *Justice* di colore designato da Lyndon B. Johnson.

Nella decisione del caso *Bush II* ben sette giudici hanno ritenuto che il *manual recount* ordinato dall'Alta Corte della Florida sollevi problemi di legittimità in relazione al principio costituzionale di uguaglianza (*equal protection* e/o *due process*) e richieda un rimedio giurisdizionale atto a eliminare i rischi connessi alla disparità di trattamento degli elettori. Souter e Breyer si sono dissociati dalla maggioranza perché non condividevano il *remedy* e ritenevano si dovesse comunque disporre la prosecuzione dei conteggi. La maggioranza, dal canto suo, non ha accolto il suggerimento di Breyer e Souter di rinviare il caso alla Corte statale perché ha ritenuto che il termine per la ultimazione dei conteggi dovesse ricavarsi dalla *safe harbor provision ex* titolo 3 U.S.C. §5 (12 dicembre) senza possibilità di differimento al 18 dicembre. Solo la Ginsburg e Stevens hanno ritenuto inammissibile la pretesa della Corte federale di sosti-

[57] Estende l'accusa di partigianeria anche alla minoranza P. PASQUINO, *Bush v. Gore (Commento a sentenza)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 3, p. 833 ss., a parere del quale «Ci sono pochi dubbi sul fatto che, al di là delle ragioni che hanno potuto motivare i singoli giudici, la decisione della maggioranza non può essere annoverata fra quelle che illustrano il prestigio indiscusso e l'imparzialità del supremo organo del potere giudiziario degli Stati Uniti. *Esso sembra, sfortunatamente, essersi comportato piuttosto come un parlamentino irresponsabile che come un'alta corte di giustizia!*» (p. 849, enfasi nostra).

tuirsi alla sua omologa della Florida nella interpretazione della legge elettorale statale. Il dissenso di questi due ultimi giudici è più marcato e polemico e insinua il sospetto di partigianeria della maggioranza.

Le accuse di ambiguità mosse dalla Ginsburg e da Stevens ai colleghi della maggioranza fanno leva su due circostanze, di cui solo la seconda esplicitamente menzionata nelle opinioni dissenzienti: a) l'ordinanza di sospensione dei conteggi è stata emessa proprio quando il margine di vantaggio a favore di Bush a seguito dei *recounts* si era ridotto a 193 voti; b) la asserita mancanza di tempo per nuovi, più accurati riscontri manuali sarebbe da imputare proprio allo *stay order* intimato il 9 dicembre dalla Corte Suprema.

A ben vedere, però, le insinuazioni dei dissenzienti si rivelano alquanto ingenerose. Si pensi che la Corte Suprema ha emesso lo *stay order* all'indomani della pubblicazione della sentenza *Harris II* da parte della Corte Suprema della Florida, che disponeva il *manual recount* di circa 170.000 schede contestate (c.d. *undervotes*). L'approssimarsi delle scadenze istituzionali lasciava intravedere uno scenario tutt'altro che rassicurante. Si riteneva pressocché impossibile ultimare i conteggi entro il 12 dicembre e il Congresso della Florida, dominato dai repubblicani, aveva già annunciato che, protraendosi i *recounts* oltre detta scadenza, avrebbe designato una propria delegazione di grandi elettori, come previsto dalla legge statale. Nell'ipotesi di un risultato elettorale favorevole a Gore, ma tardivo, si sarebbero dunque costituite due contrapposte delegazioni e la risoluzione del conflitto sarebbe passata nelle mani del Congresso federale, cui spetta, ai sensi del titolo 3 U.S.C. §15, accertare in sede politica la validità dei voti elettorali, *ergo* indicare l'unica delegazione legittima di ciascuno Stato. Alla Camera *nulla quaestio*, avendo i repubblicani conquistato la maggioranza nelle elezioni di novembre, ma al Senato, diviso a metà tra i due partiti, il voto decisivo (c.d. *casting vote*) sarebbe spettato a Gore, Vice-presidente in carica e candidato in lizza per la Presidenza. Un vero e proprio rebus istituzionale!

La Corte Suprema non poteva, dunque, sottrarsi alle sue responsabilità in un momento di crisi istituzionale annunciata con i partiti incapaci di un onorevole armistizio. Quanto sia stata sofferta la decisione della Corte si ricava indirettamente dall'opinione *per curiam* nel caso *Bush II*, dove si legge testualmente: «Quando partiti in contesa tra loro invocano il processo legale per dirimere le loro contese, diviene nostro non desiderato e non richiesto dovere risolvere le questioni legali e costituzionali che il sistema giudiziario è stato costretto ad esaminare» [58]. Come ha opportunamente sottolineato

[58] *George W. Bush, et al. v. Albert Gore, Jr., et al.* – No. 00-949 – December 12, 2000, *slip opinion*, p. 13.

Toniatti, la Corte ha bloccato i conteggi, quando ha capito che solo la sua «autorevolezza avrebbe potuto compensare il *gap* democratico fra vincitore legale e vincitore politico»: si tratta di una «decisione di "statismo giudiziario"», che «il sistema politico riuscirà a metabolizzare» [59]. Lo *stay order* è stato, dunque, un intervento dettato da valutazioni di opportunità politica, che potremmo anche qualificare di supplenza istituzionale.

La sentenza *Bush II*, sorretta indirettamente dalle *dissenting opinions* di Souter e Breyer, proprio per l'asserita sussistenza di una *federal constitutional question* e/o per l'invocata violazione della *equal protection clause*, non si può a rigore qualificare una sentenza che risolve una questione politica, ma la contraddizione tra il principio proclamato (*one man, one vote*) e il rimedio suggerito (individuazione per il futuro di criteri uniformi e non discriminatori di computo dei voti) ci autorizza a collocarla in quella fascia grigia di sentenze che aggirano la *political question*, dichiarando *justiciable* la controversia, come nel caso *Baker v. Carr* del 1962 [60] in tema di redistribuzione di seggi a seguito di censimento e nel caso *United States v. Nixon* del 1974 [61] in tema di privilegio dell'Esecutivo. In *Baker* l'esistenza della *political question* fu esclusa, non rinvenendosi in materia di *reapportionment* una attribuzione esclusiva di competenza ad un'altra *branch of government*, tale da autorizzare la Corte a declinare l'esercizio della propria giurisdizione *ex* Art. III Cost. Nel caso *Nixon*, si sostenne che la costituzione in giudizio del Presidente come convenuto non precludeva alla Corte di esaminare la pretesa immunità del *Chief Executive* ovvero il suo potere di sottrarsi all'ordine di produzione (*subpoena*), impartito dal giudice, di nastri contenenti comunicazioni confidenziali con i suoi collaboratori. In realtà, la Corte intervenne per disincagliare l'affare *Watergate*, – che rischiava di precipitare il Paese in una crisi costituzionale, – risolvendo una questione politica per via giudiziaria, con la sola astensione di Rehnquist, giudice da poco nominato dal Presidente in carica [62].

A differenza del caso Nixon, in *Bush II* la Corte si è divisa, offrendo all'esterno uno spettacolo poco commendevole. Certo si è che la violazione del-

---

[59] Cfr. R. Toniatti, *Chi ha vinto l'elezione presidenziale del 2000?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001*, n. 1, p. 272.

[60] Cfr. 369 U.S. 186 (1962).

[61] Cfr. 418 U.S. 683 (1974).

[62] «*Lawyers for Nixon and the special prosecutor waged battle in court for control of the Watergate tapes. Processes of law resolved a momentaneous question of national politics. This seemed a reasonable approach in the United States, through our long practice in the habit of resolving political questions by law*». Così D.L. Feldman, *The Logic of American Government – Applying the Constitution to the Contemporary World*, William Morrow and Company, Inc., New York, 1990, p. 202.

la *equal protection* è stata argomentata in modo persuasivo [63], ma alla opinabile rimozione delle illegalità riscontrate si è preferito il risultato tangibile di riportare il procedimento elettorale sui binari della *statutory schedule*, scongiurando un pericoloso vuoto di potere [64].

Questo non significa che la elezione di Bush sia stata decretata dalla Corte Suprema [65], come hanno insinuato i fedelissimi di Gore, il quale non ha mai azzerato il divario di voti nel corso dei molteplici *recounts* [66]: il «*rien ne va plus*» del 12 dicembre ha solo posto fine a una «battaglia delle schede» che rischiava di degenerare come un gioco della *roulette* in assenza di *croupier*.

In definitiva, il caso *Bush v. Gore* (*Bush II*) passerà alla storia più per il suo carattere dirimente di una controversia politica che per i principi e le motivazioni di diritto, ai quali è difficile riconoscere la capacità di porsi come autorevoli precedenti giurisprudenziali [67].

Una ulteriore peculiarità del caso *Bush II* consiste nel fatto che sia stato proprio il candidato repubblicano, assertore di un rigoroso *self-restraint* della Corte federale in ossequio all'autonomia degli Stati e delle loro corti, a sollecitare un intervento, che ha assertivamente scavalcato la Corte della Florida

---

[63] L'*opinion per curiam* e, in modo più smaccato, la *concurring opinion* di Rehnquist si avvalgono ovviamente di una retorica della persuasione che utilizza ad arte i precedenti giurisprudenziali, ma ciò rientra nelle regole del gioco ed è del tutto legittimo. Sul punto si veda D.R. MILLER, *Sull'indeterminazione semantica e l'imparzialità giuridica: in margine a Bush v. Gore 2000*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 1, p. 254 ss.

[64] Cfr., in tal senso, M. PATRONO, *L'elezione del Presidente americano fra storia ed attualità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 1, p. 265: «E cos'altro significa la sentenza *Bush v. Gore* se non l'intenzione della Corte, l'effetto che essa ha voluto perseguire, e che puntualmente è stato raggiunto, di evitare al Paese un temibile vuoto di potere che si sarebbe creato solo che la conta manuale dei voti si fosse dalla Florida allargata ad altri Stati, così da far "saltare" la fatidica soglia che fissa al 20 gennaio il giorno in cui il nuovo Presidente si insedia alla Casa Bianca?».

[65] Come sostiene, ad esempio, E. BALBONI, *Between Coke & Pepsi: alla fine la Corte Suprema «elesse» Bush*, in *Quaderni cost.*, 2001, n. 1, p. 150, il quale così conclude: «Questo era proprio un caso classico nel quale la Corte Suprema avrebbe potuto, e forse dovuto, indossare i sobri panni del judicial self-restraint. Non averlo fatto espone la Corte, o meglio la sua stretta maggioranza, a giudizi critici impietosi. Raramente, come in questo caso, si è potuto toccare con mano sia l'enorme potere che la correlata responsabilità dei Nove Fratelli di Capitol Hill» (p. 152).

[66] Il 15 luglio 2001 il *New York Times*, – quotidiano notoriamente vicino al partito democratico, – ha pubblicato un'inchiesta sui voti spediti dall'estero da elettori della Florida, dalla quale si ricava che le schede in contestazione sarebbero 680 su 2490 e che, a detta di un esperto, Bush avrebbe comunque vinto con un vantaggio di 245 voti.

[67] In tal senso, cfr. R. TONIATTI, *Chi ha vinto l'elezione presidenziale del 2000?*, cit., p. 275 e G. RECCHIA, *La Corte Suprema federale prevale sulla Corte Suprema della Florida*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 1, p. 268.

e si è spinto ben al di là della prassi di *stict constructivism* auspicata per il Potere Giudiziario federale dai giudici più conservatori. Viceversa, il candidato democratico ha dovuto aggrapparsi alla Corte della Florida e alla presunta lealtà di partito dei suoi giudici, che si è progressivamente affievolita con il trascorrere dei giorni e la rituale ripetizione dei *manual recounts*.

Una cosa è certa: all'indomani del *concession speech* di Gore l'America ha voltato pagina e ha archiviato questa brutta vicenda che di sicuro ha screditato più la politica delle istituzioni e, in fin dei conti, non ha scalfito il sistema per la elezione del Presidente. Le proposte di passaggio all'elezione popolare diretta, – avanzata dalla senatrice neoeletta Hillary Rodham Clinton, – ovvero la auspicata attribuzione di un *bonus* di due grandi elettori per Stato al candidato che abbia conseguito la maggioranza dei suffragi popolari, – ventilata dallo storico Arthur Schlesinger Jr., – sono destinate a rimanere inutili *boutades* senza alcuna *chance* di concretarsi in emendamenti costituzionali, destinati a passare sotto le forche caudine di un procedimento di revisione che vede protagonisti gli Stati, gelosi custodi di un marchingegno elettorale arcaico quanto si vuole, ma considerato un architrave della struttura federale.

Realisticamente saranno le microriforme ad avere una corsia preferenziale, tant'è che, dietro suggerimento del Presidente uscente Bill Clinton [68], George W. Bush, dopo il suo insediamento alla Casa Bianca, ha nominato una *National Commission on Federal Election*, composta di 19 membri e guidata da Ford e Carter per la formulazione di proposte di riforma elettorale. Il 31 luglio 2001 i due *ex* Presidenti hanno quindi presentato a Washington un rapporto di 100 pagine, recante le direttive per la riforma, che includono la trasformazione in vacanza nazionale (*national holiday*) dell'*Election Day*, il ripristino dei diritti di voto a favore delle persone condannate per delitti (*felonies*) che abbiano già scontato la pena [69], il divieto di diffondere sondaggi elettora-

[68] La proposta è stata formulata proprio nel discorso di congedo del *Chief Executive*, dove si dice testualmente: «Nella lotta per una giustizia più uguale per tutti in America è compresa la battaglia per i diritti degli elettori. Nelle elezioni presidenziali del 2000 troppe persone hanno avuto l'impressione che il voto dato non sia stato conteggiato, altri l'impressione di uno sforzo in atto per tenerli lontani dalle urne. – Dobbiamo fare di più per garantire a più persone di votare e la certezza che ogni voto sia conteggiato. A questo scopo, solecito la nuova amministrazione a nominare una commissione presidenziale non di parte sulla riforma elettorale, con a capo cittadini autorevoli come l'ex presidente Gerald Ford e Jimmy Carter. – Ecco due proposte da cui partire: dovremmo fare del giorno delle elezioni un giorno di festa a livello nazionale. Ed è ormai il momento di restituire il diritto di voto a chi ha pagato il suo debito con la società». Cfr. B. Clinton, *L'America che lascio a Bush*, ne *la Repubblica*, 15 gennaio 2001, pp. 1-18.

[69] Il problema è particolarmente sentito per la carica discriminatoria connessa alle leggi statali che disabilitano a vita quanti si siano resi colpevoli anche una sola volta di reati puniti

li e proiezioni nella «notte elettorale», la comunicazione contestuale di tutti i risultati elettorali dei vari Stati alle ore 11 del fuso orario della Costa atlantica (*eastern time*), l'attuazione delle leggi sui diritti civili in materia elettorale, la tutela del diritto di voto delle truppe americane di stanza all'estero e, *dulcis in fundo*, la modernizzazione delle schede e delle apparecchiature elettroniche, da incentivare utilizzando la collaudata tecnica dei *grants-in-aid*[70].

La montagna, – ovvero le ultime due sentenze delle Corti federale e statale, *Bush II* e *Harris II*, con le loro solenni reprimende, – sta dunque per partorire il topolino, – come dire le miniriforme tese a ridurre i margini di incertezza per l'elettore e i rischi di errore in sede di scrutinio. Rimane, peraltro, la consapevolezza che non tutti i difetti e gli inconvenienti saranno eliminati e che solo il buon senso potrà evitare il ripetersi di quanto accaduto sullo scorcio del secondo millennio. Attendersi soluzioni miracolistiche sarebbe «un'utopia e la democrazia, invece, è il riconoscere che la perfezione non è di questo mondo, almeno nel sociale e nel collettivo (può esserlo solo a livello individuale), e che, pertanto, le istituzioni e le leggi per il governo della società devono essere realistiche e ammettere la propria natura imperfetta, anche se, si intende, infinitamente perfettibile»[71].

---

con la reclusione. Si pensi che nella sola Florida in media un uomo di colore su tre, in totale circa 200.000 persone, al 90% simpatizzanti del *Democratic Party*, ha perso il diritto di voto per trascorsi penali, quali il possesso di droga o di armi.

[70] Cfr. J. CARTER, *Bush: Election reforms are «guidelines» – White House to review report before endorsing specific ideas*, in *USA Today*, August 1, 2001, p. 2A.

[71] M. VARGAS LLOSA, *Così negli USA hanno vinto le regole della democrazia*, ne *la Repubblica*, 20 dicembre 2000, p. 15.

II

I FATTI

La legge di tutela delle minoranze linguistiche: le prospettive ed i problemi ancora aperti

di *Elena Malfatti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prospettive apprezzabili. – 2.a. Il significato della legge n. 482 del 1999, quale strumento di attuazione dell'art. 6 Cost. – 2.b. *Segue*. Il ruolo fondamentale della legge nell'impostazione dei (nuovi) rapporti tra lo Stato e le autonomie (territoriali e non). – 3. Aspetti problematici. – 3.a. Profili soggettivi. – 3.a.1. I soggetti esclusi dall'ambito di applicazione della legge. – 3.a.2. *Segue*. I soggetti inclusi e la tutela derivante dall'intreccio con preesistenti disposizioni normative (rinvio). – 3.a.3. *Segue*. Un modello di tutela uniforme per le minoranze riconosciute? – 3.b. Profili oggettivi. – 3.b.1. Il mantenimento del criterio della territorialità ai fini dell'operatività della nuova legge. – 3.b.2. *Segue*. Le possibili modalità di tutela da adottare nelle diverse realtà locali. – 3.b.3. *Segue*. Gli indici di appartenenza dei singoli alle minoranze ed il divieto di politiche di assimilazione. – 3.c. L'incerto inquadramento dei rapporti tra le varie discipline nel sistema delle fonti del diritto. – 3.c.1. L'intervento statale, legislativo e regolamentare, e quello regionale. – 3.c.2. *Segue*. Gli spazi di intervento degli enti locali.

1. Premessa *

Con l'approvazione della legge n. 482 del 1999, a seguito di una lunga gestazione, il Parlamento italiano è venuto a colmare un'importante lacuna nel processo di attuazione delle previsioni contenute nella Carta costituzionale, con riferimento particolare all'art. 6 («*La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche*»).

Tale previsione infatti, se da un lato aveva già costituito la base per l'emanazione di numerose disposizioni valevoli per alcune parti del territorio nazionale, come pure di significative decisioni giurisprudenziali, capaci in

* Devo avvertire preliminarmente di non aver potuto considerare, se non marginalmente, i riflessi sul tema in esame prodotti dalla legge cost. n. 3 del 2001, in quanto «confermata» dal corpo elettorale e pubblicata in *Gazzetta ufficiale* quando ormai il lavoro era in bozze.

qualche modo di supplire all'inerzia del legislatore ordinario, da oltre mezzo secolo attendeva tuttavia un intervento di quest'ultimo capace di individuare i principi ai quali informare i rapporti tra i pubblici poteri ed i soggetti destinatari della tutela prefigurata dal Costituente, oltre che di porre le premesse per la razionalizzazione del quadro normativo preesistente a livello regionale; quel quadro normativo, tra l'altro, ormai ampiamente articolato soprattutto con riguardo a determinate zone di confine, non è destinato a venire necessariamente meno a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge, ma piuttosto dovrà con essa adeguatamente coordinarsi.

A poco più di un anno di distanza dall'approvazione della legge, il Parlamento ha dettato anche una disciplina particolare, con legge n. 38 del 2001, per la minoranza linguistica slovena presente in Friuli [1], disciplina peraltro da raccordarsi con le norme generali di tutela e con alcune precedenti disposizioni di legge statale e regionale che si occupavano di singoli aspetti di protezione di quella minoranza.

Il contesto assai composito nel quale la legge n. 482 del 1999 si inserisce, tale è quello accennato, suggerisce alcune riflessioni, dalle quali si possono ricavare senz'altro motivi di soddisfazione per le prospettive di miglioramento degli assetti complessivi di tutela delle minoranze linguistiche che deriveranno dalle nuove norme; ma ciò non consente di tacere i nodi che rimangono ancora insoluti, e che solo attraverso l'ulteriore produzione di norme e l'applicazione di queste da parte degli organi competenti (l'una e l'altra accennano appena ad iniziare) potranno essere in qualche modo dipanati. Poiché, ad avviso di chi scrive, gli aspetti positivi implicati dalla legge in esame sono assai più evidenti dei profili di incertezza – ed inoltre emergono sia dai primi commenti che gli studiosi hanno dedicato alla legge medesima, sia dalla copiosa dottrina che ne auspicava nel passato anche recente l'approvazione – dei primi sembra sufficiente una breve disamina; parallelamente appare opportuno, piuttosto, sottolineare i problemi che la legge n. 482 del 1999 lascia irrisolti o addirittura viene ad aprire.

[1] Meno di un mese più tardi il Parlamento ha approvato anche la legge n. 73 del 2001, con la quale ha ritoccato la disciplina che prevede interventi a favore della minoranza italiana in Slovenia e Croazia (contenuta nella legge n. 19 del 1991), offrendo l'idea di un'attenzione speculare rivolta ai gruppi, di sloveni, croati (già considerati tra le dodici comunità tutelate dalla legge n. 482 del 1999) e italiani, stanziati al di là del confine del paese di origine.

2. Prospettive apprezzabili

2.a. Il significato della legge n. 482 del 1999, quale strumento di attuazione dell'art. 6 Cost.

Un primo elemento indubbiamente apprezzabile, che scaturisce dall'approvazione della nuova legge, consiste nell'avvenuto superamento delle difficoltà che in precedenza ostavano alla produzione delle pur sospirate norme di principio, da più parti invocate per non lasciare il disposto dell'art. 6 Cost. privo di uno svolgimento che fosse idoneo a fondare una tutela più ampia di quella che il legislatore regionale e la giurisprudenza costituzionale erano comunque riusciti ad avviare.

Quelle difficoltà sono state generalmente individuate dagli studiosi non tanto nella impossibilità di formare una maggioranza parlamentare in grado di sostenere i contenuti della nuova legge – ché anzi una percezione superficiale dell'importanza di una tale disciplina aveva da tempo pervaso trasversalmente i diversi schieramenti politici – quanto nella incapacità di accogliere ad un livello alto la sfida intellettuale che l'attuazione del principio di cui all'art. 6 Cost. richiedeva, tramutandola in una soluzione equilibrata ed idonea a contemperare i diritti dei gruppi minoritari, le libere scelte dei singoli all'interno dei gruppi medesimi, i rapporti dei singoli e dei gruppi con i consociati di diversa radice linguistica; tutto ciò affinché il risultato delle scelte politiche non apparisse sbilanciato in una o in un'altra direzione, ma evidenziasse invece una sintesi ragionevole del valore dell'identità culturale nella pluralità delle dimensioni protette dall'ordinamento [2].

Contributi importanti alla formazione di nuove regole di tutela dei diversi nuclei linguistici presenti sul territorio statale sono provenuti sia da parte degli enti territoriali, i quali con alcuni interventi, ma anche paradossalmente attraverso le proprie negligenze, hanno costituito per così dire una «pressione dal basso» [3] per le autorità statali, sia dalle previsioni contenute all'interno di vari documenti internazionali, le quali hanno viceversa aggiunto una «spinta dall'alto» affinché l'esigenza di emanazione di una legge-quadro non venisse ulteriormente differita.

Sotto il primo aspetto, è noto come la normativa di due delle cinque regioni ad autonomia speciale presenti in Italia (Trentino-Alto Adige e Valle

---

[2] In senso analogo si esprime P. Carrozza, *Lingua, politica, diritti: una rassegna storico-comparatistica*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 1465 ss.

[3] Mutuando le efficaci espressioni di E. Palici di Suni Prat, *La legge italiana sulla tutela delle minoranze linguistiche storiche nel quadro europeo*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 101 ss.

d'Aosta) si sia rivelata particolarmente sensibile al tema delle minoranze, in virtù delle specifiche previsioni statutarie che hanno consentito un'attuazione ricca di risvolti favorevoli per i cittadini italiani di lingua rispettivamente tedesca, ladina e francese [4]; sulle implicazioni di tale tutela differenziata si avrà successivamente modo di soffermarsi [5]. Inoltre si è assistito ad un significativo sviluppo delle misure di protezione dei cittadini friulani di lingua slovena a partire dagli anni '80 (precedentemente la tutela, derivante da norme di legge sia statali che regionali, si concretava quasi esclusivamente nel diritto all'insegnamento della lingua materna [6]), allorché la Corte costituzionale, chiamata a decidere alcune importanti questioni [7], ha dapprima ricavato l'incompatibilità con le previsioni statutarie e con l'art. 6 Cost. di qualsiasi sanzione penale per l'uso della lingua materna nel processo, e poi affermato più ampiamente l'importanza dell'uso medesimo come elemento fondamentale dell'identità culturale e mezzo primario di trasmissione dei valori di cia-

---

[4] Le linee fondamentali della disciplina di tutela speciale nelle due regioni a statuto speciale possono trarsi da A. PIZZORUSSO, *Statuto Trentino-Alto Adige*, e da P. CARROZZA, *Statuto Valle d'Aosta*, nei saggi contenuti nel volume *Commentario della Costituzione* (iniziato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO), *Disposizioni transitorie e finali. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, pp. 523 ss. e 393 ss. Relativamente alla Regione Trentino-Alto Adige si devono tra l'altro segnalare le modifiche allo statuto speciale recentemente apportate dall'art. 4 della legge cost. n. 2 del 2001, le quali hanno migliorato le condizioni di tutela di alcune minoranze linguistiche presenti nella Provincia di Trento. Moltissimi sono poi i contributi dottrinali sugli aspetti più particolari che derivano dalla disciplina speciale di tutela, ed allorché risultino collegabili a queste riflessioni, verranno naturalmente menzionati nel proseguo del lavoro.

[5] Cfr. par. 3.b.

[6] Disciplinato fondamentalmente dalle leggi statali nn. 1012 del 1961 e 932 del 1973, oltre che, già dagli anni '70, da varie leggi regionali, come ricorda S. BARTOLE, *Minoranze nazionali*, in *Noviss. Dig. it. App.*, V, Utet, Torino, 1984, p. 45 ss., spec. p. 51. Da evidenziare che la situazione degli sloveni della Provincia di Udine rimaneva e rimane sperequata rispetto alla tutela offerta agli stessi sloveni nelle Province di Trieste e di Gorizia, potendosi da tale punto di vista istituire un parallelismo con la tutela inferiore di cui godono i ladini stanziati nelle Province di Trento e Belluno rispetto a quelli allocati sul territorio della Provincia di Bolzano.

[7] Si allude qui alle sentt. nn. 28 del 1982 (interpretativa), 62 del 1992 (additiva), 15 del 1996 (nuovamente interpretativa); la problematicità insita nel rapporto tra le pronunce emanate dalla Corte sul tema è segnalata da S. BARTOLE, *La tutela della minoranza slovena fra giurisprudenza costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 342 ss.; P. CARROZZA, *La Corte e l'uso dello sloveno nel processo (Samo Pahor colpisce ancora …)*, in *Regioni*, 1993, p. 62 ss.; D. MONEGO, *Tutela dello sloveno nel processo civile e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1222 ss.; L. ANTONINI, *Minoranza slovena e uso della lingua nel processo: una tutela riconosciuta (soltanto a Trieste?)*, in *Regioni* 1996, p. 716 ss. Sull'apporto dei giudici del merito v. V. PIERGIGLI, *La legge 15 dicembre 1999, n. 482 («Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche») ovvero dall'agnosticismo al riconoscimento*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 623 ss., spec. pp. 635-638.

scuna minoranza, oltre al diritto (logicamente correlato) di ottenere risposte nella stessa lingua materna.

Un analogo sviluppo delle misure di tutela non era invece riscontrabile, prima dell'approvazione della nuova legge, né all'interno della normativa propria delle altre due regioni ad autonomia speciale, né in quella delle regioni a statuto ordinario [8]; in entrambi i casi infatti, se il problema di promozione delle lingue, dei dialetti e delle culture regionali, è stato avvertito in modo piuttosto diffuso, almeno a livello di enunciazione di intenti, di fatto poi, da quando la Corte costituzionale ha modificato il proprio orientamento in merito – cessando di considerare la tutela delle minoranze come una materia e consentendo alle regioni di ritagliarsi spazi di intervento legislativo entro le proprie competenze [9] – il quadro che di solito ne è conseguito è quello di discipline carenti nell'individuazione dei propri fini e genericamente rivolte al patrimonio storico e culturale regionale, se non alla cura di interessi prettamente economici, con l'implicita, negativa, conseguenza di un impoverimento della legislazione di tutela specifica [10]. Il giudizio complessivo non varia molto considerando

---

[8] L'Assemblea regionale siciliana aveva per vero approvato, il 22 settembre 1998, una legge per la valorizzazione del patrimonio storico, culturale e linguistico delle comunità siciliane di origine albanese e delle altre minoranze linguistiche presenti sull'isola, ma essa è stata impugnata dal Commissario dello Stato per violazione della Costituzione e dello statuto regionale; così, successivamente, il Presidente della Regione Sicilia ha promulgato la legge omettendone gli articoli oggetto di questione di legittimità costituzionale, e la Corte ha potuto dichiarare, con sent. n. 456 del 1999, cessata la materia del contendere. In Sardegna si è tentato di valorizzare la lingua e la cultura locale con un articolato progetto di legge approvato nel 1993, ma questo è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. n. 290 del 1994, sulla base della considerazione della esclusiva spettanza allo Stato della determinazione degli insegnamenti curricolari da inserire nei programmi scolastici; v. anche *infra*, nota 20. Relativamente alle altre regioni, devono essere sottolineate le enunciazioni di principio per la tutela delle minoranze linguistiche contenute in alcuni statuti, quali quello piemontese (art. 7), veneto (art. 2), molisano (art. 4), lucano (art. 5), e calabro (art. 56).

[9] La svolta giurisprudenziale può evincersi dalla sent. n. 312 del 1983, in seguito alla quale la Corte costituzionale non ha più mutato orientamento, pur continuando ad auspicare una legislazione generale di tutela.

[10] E. Palici di Suni Prat, *La tutela giuridica delle minoranze tra Stato e Regioni in Italia*, in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, Cedam, Padova, 1998, p. 149 ss., spec. p. 168; R. Bin, *Regioni e minoranze etnico-linguistiche (alla luce del disegno di legge quadro)*, in *Regioni*, 1989, p. 1009 ss. D. Pajero, *Minoranze linguistiche e governo locale nel Friuli-Venezia Giulia*, in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, cit., p. 225 ss., evidenzia ad esempio come nello stesso Friuli-Venezia Giulia, la legislazione (da ultimo, la legge reg. n. 15 del 1996, in correlazione con le ulteriori norme previste dalla legge reg. n. 22 del 1999 e dal reg. reg. n. 377 del 2000) abbia tenuto maggiormente in considerazione la tutela e la promozione della lingua e della cultura friulana rispetto alle esigenze specifiche della minoranza slovena; R. Fattibene, *La lingua come specificità culturale: tutela e promozione dell'assetto culturale delle minoranze linguistiche*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*,

anche gli interventi più recenti, tra i quali possono ad esempio annoverarsi la legge della Regione Molise n. 15 del 1997 e la legge della Regione Basilicata n. 40 del 1998, che se risultano apprezzabili sotto il profilo dello sforzo di una maggiore puntualizzazione degli scopi conseguiti ed articolazione delle forme di tutela, a che ci risulta non si sono tradotte poi in iniziative consistenti nel senso della valorizzazione effettiva delle diverse specificità linguistiche.

Da tutto ciò si evince allora con facilità l'esigenza di eliminare almeno parzialmente i notevoli squilibri nella considerazione dei diritti spettanti ai soggetti legati in vario modo a gruppi minoritari, a seconda dello stanziamento in una o in altra parte del territorio statale, attraverso una più razionale «calibratura» del regime giuridico da riservare a costoro, che non poteva non venire dal legislatore statale.

Sotto il secondo aspetto precedentemente accennato, anche lo sviluppo che i diritti delle minoranze hanno conosciuto nelle sedi internazionali sembra aver influito significativamente sull'evoluzione del dibattito parlamentare [11], poiché indubbiamente in quelle sedi è emersa un'ottica avanzata che guarda positivamente alle minoranze (e non solo a quelle linguistiche) come elemento dinamico utile, o addirittura indispensabile, per lo sviluppo complessivo della società in cui esse vivono [12]. Così non sono mancate sia a livello

---

Cedam, Padova, 1999, p. 441 ss., sottolinea inoltre la tipologia degli interventi, per lo più indiretti, fino ad ora messi in atto dalle regioni nel settore delle minoranze linguistiche, sostanziatisi nella erogazione di contributi e concessioni a soggetti pubblici, privati e misti.

[11] Come si evince dalla relazione al disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, della quale si parlerà nel testo, presentata dall'on. Bratina (v. ATTI CAMERA, XIII[a] legislatura, n. 2481-A, relazione della 3[a] commissione permanente) e nella quale emerge la necessità di compiere passi in avanti nella politica di promozione delle specificità linguistiche e culturali sia delle persone che del loro territorio di insediamento, per accogliere la sfida che l'Europa ha posto in questi anni sotto il profilo dei parametri civili e culturali da riconoscere e da rispettare.

[12] S. ORTINO, *La tutela delle minoranze nel diritto internazionale: evoluzione o mutamento di prospettiva?*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. II, p. 1113 ss., sottolinea l'importanza del cambiamento di prospettiva in sede internazionale, che segna a suo modo di vedere una svolta epocale determinata anche dal tramonto dello Stato nazionale e della concezione etnocentrica ad esso collegata; A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, p. 105 ss., evidenzia invece le profonde differenze che sussistono tra le tecniche di tutela delle minoranze nel diritto internazionale e le forme di protezione realizzate dal diritto statale. Un utile quadro d'insieme delle origini e dello sviluppo del problema relativo alla protezione delle minoranze nell'ordinamento internazionale può trarsi da C. ZANGHI, *Minoranze etnico-linguistiche (diritto internazionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, IPZS, Roma, vol. XX, ed ora, più ampiamente, da V. PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Giuffrè, Milano, 2001, che costituisce anche, nella letteratura italiana, l'opera monografica più recente sul tema delle minoranze linguistiche, ma della quale non si è potuto tener conto nella stesura di questo lavoro, se non nelle more della pubblicazione.

mondiale che in ambito regionale europeo iniziative tendenti a positivizzare il valore insito nella pluralità e ricchezza delle etnie, culture, lingue e tradizioni che caratterizzano molti degli Stati contemporanei.

In particolare assai importanti risultano i documenti approvati nell'ultimo decennio in seno al Consiglio d'Europa, in considerazione del fatto che alcuni paesi membri hanno ratificato sia la Carta delle lingue regionali e minoritarie del 1992 (e qui va compresa anche l'Italia), sia la successiva Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995, dalle quali dovrebbero scaturire allora più precisi effetti giuridici. Del resto la stessa legge n. 482 del 1999 – pur alludendo all'art. 2 ai principi generali stabiliti dagli organismi europei ed internazionali, in armonia con i quali la Repubblica italiana è chiamata a tutelare lingua e cultura delle popolazioni minoritarie – rivela ad un esame approfondito uno stretto legame con i precetti enucleati dalla Convenzione, dando compimento ad aspettative pluridecennali, soprattutto di quei gruppi precedentemente non investiti da specifica attenzione da parte del legislatore statale (e neppure da parte degli statuti regionali, pur integrati in varia misura dalla giurisprudenza costituzionale), e che quindi godevano della protezione assai modesta e spesso indiretta delle autorità locali.

Non si può semmai tacere il raggio di applicazione parzialmente difforme che i documenti menzionati rivelano, perché nel primo caso l'accento viene posto sull'obiettivo di protezione e promozione del patrimonio linguistico e culturale regionale, piuttosto che non sui soggetti beneficiari della tutela, i quali peraltro vengono garantiti di riflesso, sia come singoli individui che in qualità di gruppi; inoltre l'attuazione della Carta delle lingue regionali e minoritarie può avvenire in maniera molto flessibile, se si eccettua uno *standard* minimo di tutela che gli Stati firmatari si impegnano ad assicurare, e che è compendiato nell'art. 7, il quale affianca all'impegno di rimuovere ogni possibile discriminazione l'esigenza di realizzare anche un'eguaglianza di tipo sostanziale [13]. Diversamente la Convenzione-quadro, ponendo una serie di principi direttivi pur capaci di una molteplicità di attuazioni, punta direttamente alla protezione delle minoranze attraverso più definiti impegni programmatici che i contraenti assumono in alcuni campi che sono analoghi a quelli indicati dalla legge n. 482 del 1999, con obiettivi quasi già interamente prefissati (anche se gli Stati potranno senz'altro meglio elaborare i profili di tutela, specie per le misure positive di intervento), ed enucleando precisi diritti individuali in capo ai componenti delle minoranze; nella Convenzione

[13] V. Piergigli, *Diritti dell'uomo e diritti delle minoranze nel contesto internazionale ed europeo: riflessioni su alcuni sviluppi nella protezione dei diritti linguistici e culturali*, in *Rass. Parl.*, 1996, p. 33 ss., in un'ampia disamina dello sviluppo dei diritti delle minoranze nel contesto internazionale.

manca piuttosto l'erezione delle minoranze nazionali ad una sorta di comunità intermedie, investite di poteri di organizzazione e titolari di diritti e garanzie, cosicché i gruppi minoritari non risulteranno in condizione di esercitare sui singoli alcuna autorità, ma verranno indirettamente tutelati attraverso la protezione dei loro componenti [14].

Si deve registrare, tra l'altro, che curiosamente alla Convenzione era stata data esecuzione già nell'agosto 1997, con la legge n. 302, mentre la Carta europea delle lingue regionali e minoritarie – pur se maggiormente datata – è stata sottoscritta dall'Italia a Strasburgo soltanto nel giugno del 2000, e ad oggi non è ancora stata ratificata; per cui la legge approvata dal Parlamento nel dicembre del 1999, pur richiamando in generale gli impegni internazionali, in realtà era giuridicamente vincolata soltanto alla Convenzione, cosicché si tratterà di valutare nel prossimo futuro le conseguenze della ratifica della Carta, se interverrà, sulla legittimità delle norme ormai operanti nel diritto interno.

Si può aggiungere, infine, che una considerazione analoga a quella riservata dal Consiglio d'Europa al tema delle minoranze non può evincersi dalla recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata dal Parlamento europeo il 14 novembre 2000, che pure si caratterizza per la ricca elaborazione dei diritti già enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quindi per un catalogo maggiormente ampio e sotto vari aspetti più avanzato di quello che da ormai mezzo secolo ispira la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; nella nuova Carta infatti è appena menzionato, all'art. 22, il rispetto che l'Unione europea deve alla diversità linguistica (oltre che religiosa e culturale) quale forma di esplicitazione del principio di eguaglianza, per cui manca un'indicazione precisa dei diritti delle minoranze, o comunque dei singoli appartenenti ai gruppi minoritari, sui quali evidentemente il ridotto numero dei paesi aderenti all'Unione non ha trovato quell'intesa riuscita invece al più ampio consesso degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Questo aspetto, apparentemente marginale, può invece rivelarsi come la spia del disagio che può affiorare in sede di approvazione di un documento che si potrebbe porre a fondamento della legittimazione di un nuovo soggetto statale (derivante dallo sviluppo dei legami tra gli Stati aderenti all'Unione), rispetto alla maggiore facilità di enunciazione, da parte di un organismo esterno agli Stati, di un principio di tutela delle minoranze da farsi valere all'interno di questi [15].

---

[14] S. Bartole, *La Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali*, in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, cit., p. 11 ss., il quale evidenzia come questo tipo di assetto prefigurato dalla Convenzione risulti coerente con tutto il sistema internazionale di protezione dei diritti umani.

[15] Peraltro nel processo negoziale preliminare all'ammissione di nuovi paesi all'Unione

2.b. *Segue*. Il ruolo fondamentale della legge nell'impostazione dei (nuovi) rapporti tra lo Stato e le autonomie (territoriali e non)

Da quanto già detto dovrebbe ricavarsi implicitamente come l'emanazione di una legge-quadro in Italia risultasse indifferibile, a fronte di eventuali, intollerabili discriminazioni tra gruppi diversi localizzati all'interno delle stesse regioni più protette, oppure per gruppi omogenei stanziati in zone diverse del paese, o ancora tra singoli a seconda che aderiscano esplicitamente o viceversa non afferiscano in alcun modo ad un certo gruppo; questo è vero tanto più se si considera l'orientamento della Corte costituzionale, complessivamente assai cauto, che per un verso è stato sempre attento a far emergere profili di operatività diretta dell'art. 6 Cost. [16], ma per altro verso ha costantemente subordinato la tutela delle minoranze al requisito del riconoscimento giuridico delle stesse, non mancando altresì di evidenziare la necessità di approntare strutture organizzative di generale applicazione, oltre a rimettere all'esclusiva discrezionalità del legislatore alcune scelte qualificanti l'ampiezza e qualità delle garanzie [17].

Si può aggiungere, tra l'altro, come il panorama complessivo della normativa e delle applicazioni interne sostanzialmente non sia mutato negli ultimi anni, nemmeno a seguito dell'approvazione della legge n. 142 del 1990 sull'ordinamento delle autonomie locali, che pure ha posto le premesse (sviluppate in seguito, come si sa, dalla legge n. 59 del 1997, la c.d. legge «Bassanini uno») per un allargamento delle competenze istituzionali degli enti territoriali, ed in particolare dei comuni e delle province; essi perciò, anche se privi della capacità di fornire protezione «a tutto tondo» ai gruppi minoritari, avrebbero già potuto

---

europea un forte rilievo, come noto, assume la circostanza che il paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale tale da garantire il rispetto di alcuni fondamentali principi, tra i quali anche la tutela delle minoranze.

[16] Una notevole attenzione alla tutela delle minoranze linguistiche emerge anche dalle conferenze-stampa annualmente tenute dal Presidente della Corte costituzionale; v. *La giustizia costituzionale nel 1996*, conferenza del Presidente *pro-tempore* R. GRANATA, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1295 e *La giustizia costituzionale nel 1999*, allegato alla conferenza del Presidente *pro-tempore* G. VASSALLI, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1239 ss.

[17] In particolare, rispetto alla normativa prevista per le elezioni politiche, ed agli spazi da questa riservati alle minoranze, la Corte ha espresso giudizi molto prudenti (essi si sono rivelati invece più stringenti relativamente alla normativa concernente le elezioni amministrative); emblematica della medesima cautela, pur in ambito diverso, risulta anche la sent. n. 406 del 1999, annotata da E. PALICI DI SUNI PRAT, *La disciplina di tutela delle minoranze linguistiche tra Corte e legislatore*, in *Giur. cost*., 1999, p. 3152 ss., e da M.E. GENNUSA, *L'art. 6 Cost. e il ruolo del legislatore nella garanzia del diritto all'uso della lingua materna nel processo*, in *Regioni*, 2000, p. 410 ss.

contribuire nell'offrire una tutela meno intensa ma non per questo inefficace, almeno per la lingua come segno e come bene culturale [18]. Se è vero che molti statuti comunali hanno tentato di attrezzarsi in difesa delle minoranze, è altrettanto indubbio che l'atteggiamento censorio degli organi di controllo ha praticamente stroncato, o comunque fortemente indebolito, le aspettative di un possibile, parziale surrogato dal basso di quella disciplina che il legislatore statale (e regionale) non era ancora riuscito a definire; così, in linea generale, può dirsi che gli interventi compiuti positivamente hanno avuto una portata assai ridotta, e soprattutto inadeguata alla soddisfazione delle legittime aspettative degli interessati, aspettative che la dottrina non si è mai stancata di evidenziare.

Oggi invece si deve riconoscere come la nuova legge, ponendo essa stessa le premesse per l'impostazione di più chiari ruoli tra gli enti autonomi – e soprattutto individuando le province quali *domini* del procedimento che porterà all'individuazione dei gruppi che possono aspirare alle varie forme di tutela, senza dimenticare peraltro di coinvolgere fortemente anche i comuni e le popolazioni in essi stanziate – assuma un ruolo fondamentale nell'impostazione di idonei meccanismi di protezione giuridica delle minoranze, dando un impulso decisivo ad una situazione che in vario modo languiva da sempre, ed apra la strada ad una disciplina più soddisfacente, capace di inverare su tutto il territorio italiano il principio di cui all'art. 6 Cost.; mette conto sottolineare come l'accento posto sulle province potrebbe essere letto, oltre che quale risultato di una riflessione ponderata circa le ubicazioni sovente predilette dai gruppi minoritari, e che le province medesime sarebbero in grado di riconoscere adeguatamente, anche come conferma della valorizzazione dei c.d. enti territoriali intermedi che ormai da tempo il legislatore di riforma delle autonomie locali cerca di compiere, per sollevarli da quella marginalizzazione di competenze caratteristica di fasi precedenti, e conferire loro importanti funzioni preordinate alla sviluppo delle relative comunità. Così le province assumeranno una veste inedita, che da un lato ricorda quella tipica delle regioni nello sviluppo delle attività legate a funzioni amministrative proprie o delegate dallo Stato, ma dall'altro lato non ricalca il modello più consolidato per cui lo Stato può attivarsi con proprie determinazioni in caso di inerzia dell'ente autonomo, non essendo infatti previsto – come si evidenzierà successivamente – alcun tipo di meccanismo sostitutivo [19].

---

[18] Così R. Bin, *op. cit.*, spec. 1013 ss., il quale mutua il linguaggio di A. Pizzorusso, *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Regioni*, 1987, p. 1329 ss.; P. Carroz-za, *Minoranze linguistiche*, in *Ann. aut. loc.*, 1991, p. 363, sottolinea il fatto che una tutela pur meno intensa si attaglia soprattutto ai gruppi minoritari, assai frequenti in Italia, che hanno una diffusione numericamente ridotta e comunque ad «isola linguistica».

[19] Si fa presente, per il rilievo che presumibilmente assumerà in generale in ordine ai proces-

La legge n. 482 del 1999 deve inoltre venire accolta come strumento importante per un parallelo sviluppo di proficue relazioni dello Stato con le autonomie non territoriali, le quali come è noto hanno acquisito negli ultimi anni un ruolo ben maggiore di quello loro riservato tradizionalmente, ed in particolare con le istituzioni scolastiche e universitarie, chiamate a dar vita, unitamente al ministero della pubblica istruzione, dell'università e della ricerca (il riferimento separato della legge ai due ministeri va ormai letto in modo unitario, essendo questi stati accorpati dal D.Lgs. n. 300 del 1999), ad un ambizioso complesso di iniziative tendenti alla valorizzazione delle lingue minoritarie. Sotto questo aspetto si può intravedere una potenzialità importante per il superamento di vecchie ed annose difficoltà che hanno caratterizzato i tentativi, propri di alcune realtà locali, di conciliare i ridotti poteri legislativi delle regioni con lo sforzo di produzione di alcune norme per valorizzare comunque l'insegnamento delle lingue minoritarie ai vari stadi del percorso scolastico [20]. Per un verso infatti il Governo è abilitato a porre le disposizioni di attuazione della legge-quadro, e da quanto è dato scorgere nel regolamento recentissimamente approvato dal Consiglio dei Ministri – dopo aver ritoccato la proposta elaborata dal Comitato tecnico-consultivo insediato dal Ministro per gli Affari Regionali A. Loiero il 17 marzo 2000 [21] – verrà a specificare le attività ed i compiti già posti dalla legge in capo al suddetto ministero, nell'ottica di favorire il perseguimento delle ampie finalità di valorizzazione culturale che pervadono lo spirito della nuova disciplina di tutela delle minoranze; per altro verso le «nuove» autonomie potranno godere di ampi

---

si normativi che coinvolgono in prima battuta le regioni, ed in via suppletiva lo Stato, la recente sent. n. 110 del 2001 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità, nella parte in cui si applica alla Regione Veneto, del D.Lgs. n. 96 del 1999 – con cui il Governo si sostituiva ad alcune regioni inadempienti in ordine al riparto di funzioni amministrative agli enti locali, previsto dalla legge n. 59 del 1997 – in quanto viziato nel procedimento, per non essersi instaurato alcun contatto diretto tra il Governo e la Regione Veneto, al fine di acquisire il parere della seconda circa l'attivazione del potere sostitutivo previsto dalla legge di delega.

[20] Ad esempio in Sardegna, dopo l'infruttuoso tentativo operato con la delibera regionale dichiarata illegittima da Corte cost. n. 290 del 1994, di cui si è detto alla nota 8, si è cercato con la legge reg. n. 26 del 1997 – andata esente da censure di legittimità costituzionale – di dedicarsi nuovamente alla promozione e valorizzazione della cultura e della lingua regionale, ma il quadro normativo deve ora però essere rivisto alla luce dell'art. 21, ventesimo comma, della legge n. 59 del 1997, che prevede che le regioni a statuto speciale disciplinino con propria legge la materia della riorganizzazione delle istituzioni scolastiche (al momento in cui scriviamo ha ad esempio adempiuto la Sicilia, con legge reg. n. 6 del 2000, ma non la Sardegna).

[21] Cfr. il d.P.R. 2 maggio 2001, n. 345, in vigore dal 28 settembre 2001. Il percorso che ha portato all'approvazione del regolamento di attuazione può essere almeno parzialmente desunto dal sito Internet del Centro Internazionale sul plurilinguismo istituito presso l'Università degli Studi di Udine (http://www.uniud.it/cip.htm).

spazi, sotto il profilo della metodologia e della tempistica, per impostare lo svolgimento delle attività di insegnamento della lingua e delle tradizioni culturali minoritarie, con la facoltà ulteriore, prevista sempre nel regolamento di attuazione, di avviare (o proseguire) fasi sperimentali, anche attraverso una collaborazione tra le diverse istituzioni interessate.

Tutto ciò in un'ottica avanzata che non mira a parificare le lingue minoritarie alla lingua ufficiale italiana, ma piuttosto ad assicurare interventi differenziati e consoni alle varie esigenze che si presenteranno, attraverso una tutela, estremamente significativa, che dovrebbe abbracciare sfere essenziali quali, oltre a quella dei processi educativi e formativi, l'altra dei servizi pubblici e culturali che gli enti autonomi sono chiamati a fornire. Questa riflessione potrà tuttavia risultare parzialmente non appropriata qualora le recentissime modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, approvate definitivamente dal Senato a maggioranza assoluta nel marzo scorso, superino il vaglio del referendum confermativo, già richiesto ai sensi dell'art. 138 Cost. e fissato per il 7 ottobre prossimo; esse infatti completano ma ad un tempo innovano l'impostazione ordinamentale complessiva determinatasi a seguito delle c.d. leggi «Bassanini», tendendo a spezzare definitivamente i principi storici sulle cui basi sono state distribuite le funzioni normative ed amministrative ai soggetti pubblici, e prevedendo contemporaneamente nuove forme di coordinamento tra Stato e Regioni, ad opera di leggi statali, in ambiti (quali la tutela dei beni culturali) particolarmente significativi per la protezione delle minoranze linguistiche [22].

3. Aspetti problematici

3.a. Profili soggettivi

3.a.1. I soggetti esclusi dall'ambito di applicazione della legge

Dopo aver affermato l'ufficialità della lingua italiana (ciò che in precedenza aveva fatto soltanto lo statuto per il Trentino Alto-Adige), l'art. 1 della legge n. 482 del 1999 pone una prima delimitazione dell'oggetto della tutela apprestata; esso si rivolge infatti esclusivamente alla valorizzazione di alcune

[22] V. Atti Senato, XIII[a] legislatura, n. 4809-B, art. 3, approvato in seconda deliberazione l'8 marzo 2001. Da sottolineare anche che l'istruzione diventa materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni, salve le norme generali riservate allo Stato e salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche.

determinate lingue e culture (elencate nel successivo art. 2) che non coincidono, a ben vedere, né con quelle cui si indirizzava la Carta europea del 1992 (le lingue praticate entro limitati ambiti territoriali e prive di un rapporto di collegamento originario con un gruppo nazionale che non sia identificabile con il gruppo maggioritario [23]), né con quelle ulteriori lingue e culture delle minoranze nazionali cui alludeva la Convenzione-quadro del 1995 (non direttamente definite ma presupposte, e senz'altro da individuarsi nei nuclei caratterizzati da un legame storico e tradizionale con un gruppo nazionale diverso da quello statale); il riferimento è invece a lingue dell'uno e dell'altro genere, purché aventi un legame storico con una determinata zona geografica, come si desume dall'accostamento dell'albanese o del greco, per un verso, al friulano o al sardo, per un altro [24], e questo aiuta a comprendere l'intitolazione della legge («*Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche*»), che diverge evidentemente anche dalla norma costituzionale dell'art. 6 per il rilievo dato alla storicità, e quindi all'insediamento risalente in una certa area, determinando di conseguenza l'esclusione dalla tutela per le minoranze non autoctone, ad esempio quelle zingare, come pure per quelle costituite da immigrati provenienti da altri paesi, europei ed *extra*europei, per le quali rimane tuttora aperta la questione di una adeguata protezione giuridica.

Sotto il primo aspetto giova infatti ricordare che la legge n. 482 del 1999 è il frutto di un importante stralcio apportato ad un disegno di legge che comprendeva originariamente anche norme di tutela delle minoranze zingare – tradizionalmente caratterizzate dal nomadismo piuttosto che non dalla residenzialità, anche se questo fenomeno tende a divenire recessivo, almeno in diverse aree del paese nelle quali popolazioni Rom e Sinti risultano insediate da anni in aree di sosta anche definitive (lo dimostra per certi versi l'attenzione che a tali popolazioni ed ai relativi insediamenti alcuni legislatori regionali iniziano a mostrare, a partire dal Veneto, con la legge reg. n. 54 del 1989, per giungere alla Toscana, con la più recente legge reg. n. 2 del 2000) – norme per le quali si sono poste notevoli difficoltà nell'*iter* di approvazione legislativa, e che quindi sono rimaste in stato di esame al Parlamento [25]. Relativa-

---

[23] Peraltro la Carta si limita, opportunamente, a porre la definizione di lingua regionale o minoritaria, senza avere viceversa la pretesa di enucleare quali siano effettivamente le lingue meritevoli di protezione, la cui individuazione spetta ai singoli Stati.

[24] Si evidenzia come nelle proposte di legge di tutela delle minoranze linguistiche che si sono succedute per oltre un ventennio si tendesse a non includere il friulano ed il sardo, pur caratterizzati indubbiamente da varie specificità, in quanto prevaleva l'opinione che si trattasse non di vere lingue ma più modestamente di dialetti.

[25] V. Atti Camera, XIII[a] legislatura, n. 169-*ter*, assegnato all'esame della 1[a] Commissione Affari costituzionali e non ulteriormente elaborato nello scorcio finale della stessa legislatura.

mente al secondo profilo, esiste indubbiamente un problema più ampio di integrazione culturale dei gruppi etnici, formati sia da soggetti che hanno già acquisito la cittadinanza italiana come pure da stranieri con regolare permesso di soggiorno, che aumentano parallelamente allo sviluppo dei processi migratori [26], esaltando un fermento multiculturale che interessa non solo l'Italia ma l'Europa intera e probabilmente richiede, per il conseguimento di esiti soddisfacenti, interventi coordinati da parte degli Stati coinvolti [27]; per ciò che qui più interessa, preme rilevare come l'intensa mobilità che caratterizza la nostra società può contribuire a ridurre in proporzione le dimensioni delle minoranze storiche stanziali, proprio per questo esaltando implicitamente la necessità di una loro adeguata tutela giuridica [28].

Apparentemente non decisiva, ma in realtà di non facile lettura e foriera di incertezze, sotto il profilo dei soggetti che possono aspirare alla tutela, si rivela poi la distinzione, interna all'art. 2, tra popolazioni qualificate dal riferimento ad una determinata cultura nazionale e popolazioni individuate più semplicemente attraverso una delle lingue ammesse a tutela, in particolare quelle parlanti una delle lingue finora generalmente descritte nei termini più riduttivi di dialetto (il friulano ed il sardo). Nel primo caso infatti la delimitazione dell'area in cui applicare le disposizioni della legge in oggetto dovrebbe risultare ispirata dalla riconducibilità dei gruppi da tutelare al complesso dei segni distintivi che caratterizzano un popolo diverso da quello italiano, e per questa via potranno ad esempio aspirare alle nuove norme di tutela (se più favorevoli di quelle preesistenti [29]) gli abitanti di lingua cimbra e mochena del Trentino e del Veneto, riconducibili alle popolazioni germaniche; nel secondo

---

In dottrina recentemente A. Simoni, *Il giurista e gli zingari: lezioni dalla* common law, in *Pol. del dir.*, 1999, p. 629 ss.

[26] Per un inquadramento generale del problema R. Cagiano de Azevedo, *Le migrazioni internazionali, il cammino di un dibattito*, Giappichelli, Torino, 2000.

[27] Su questi temi si soffermano tra gli altri, da diverse prospettive, H. Kochler, *Il concetto di nazione e la questione del nazionalismo. Lo «stato-nazione» tradizionale e una «comunità-stato» multiculturale*, in T. Bonazzi-M. Dunne, *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 53 ss.; G. Therborn, *Lo spettro del multiculturalismo*, in *Il Mulino*, 1996, p. 5 ss.; P. Carrozza, *Lingua, politica, diritti*, cit., p. 1475 ss.

[28] In tal senso v. S. Bartole, *Le norme per la tutela delle minoranze linguistiche storiche*, in *Regioni*, 1999, p. 1065.

[29] Le minoranze mochena e cimbra risultavano già tutelate, ai sensi del D.Lgs. n. 321 del 1997, recante modifiche ed integrazioni al D.Lgs. n. 592 del 1993, di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, sia in provincia di Bolzano che in quella di Trento, ed in qualche misura anche in Veneto, grazie alla legge reg. n. 73 del 1994 (che promuove espressamente la tutela, tra le altre, delle minoranze ladina, cimbra e germanofona di Sappada). Una ulteriore valorizzazione della tutela, in Provincia di Trento, è derivata poi dall'approvazione della legge cost. n. 2 del 2001.

caso invece la riconoscibilità di una minoranza attraverso il mero fattore idiomatico, indipendentemente dal dato spirituale di un *idem sentire* con una determinata comunità estera, se deve essere accolta con favore per il superamento, che essa implica, del principio di nazionalità come fondamento essenziale della tutela, potrebbe determinare la necessità di allargare i confini dell'area protetta ben oltre la provincia dalla quale viene l'impulso a rendere operativa la disciplina speciale, fino ad avvicinarsi alla «frontiera» regionale (friulana o sarda) in cui la minoranza si colloca. Emerge quindi un problema di adeguatezza della normativa alle dimensioni effettive dei gruppi che si afferma di voler proteggere, per evitare nei fatti una possibile esclusione di essi dalla tutela [30], e da altro punto di vista viene da chiedersi se questi stessi gruppi costituiscano vere e proprie «minoranze» [31], perché a ritenere altrimenti affiorerebbe il rischio della creazione artificiosa di uno *status* giuridico particolare per una collettività molto estesa di cittadini [32] che in realtà ha poco a che vedere con le minoranze storiche di ceppo germanico, slavo, e neolatino [33], le quali si sono nel corso del tempo stabilite in territorio (poi divenuto) italiano.

3.a.2. *Segue*. I soggetti inclusi e la tutela derivante dall'intreccio con preesistenti disposizioni normative (rinvio)

Eccettuato l'aspetto evidenziato da ultimo, più ridotti problemi prelimi-

---

[30] Un'implicita riprova di ciò potrebbe derivare dall'esistenza di leggi regionali, come quella friulana (la citata legge reg. n. 15 del 1996 e successive modifiche), che affrontano in una dimensione più ampia di quanto non potrebbero fare le province (tra l'altro sul mero piano amministrativo) il problema della tutela della lingua e cultura regionale; vengono infatti abbinati ai principi di tutela del patrimonio linguistico alcuni strumenti concreti per il perseguimento dell'obiettivo di conservazione e sviluppo del patrimonio medesimo, e soprattutto si prevede l'applicazione della legge nella parte del territorio regionale in cui la lingua è tradizionalmente e significativamente parlata, rimettendone l'individuazione ad un decreto del Presidente della Regione anche sulla base delle attestazioni fornite dalle amministrazioni comunali.

[31] Intendendo il termine minoranza in senso lato, come gruppo di persone accomunate da un fattore di identificazione che non coincida con quelli propri della maggioranza dei consociati, prima ancora che non in stretto senso giuridico, cioè di gruppo al quale viene riservato un trattamento normativo speciale (che viene evidentemente reso possibile dalla nuova legge). Sui vari significati del termine «minoranza», v. A. Pizzorusso, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XXVI, p. 527 ss.; E. Palici di Suni Prat, *Minoranze*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1994, vol. IX, p. 546 ss.

[32] Si ricorda infatti che il sardo, benché articolato in almeno tre tipologie (nuorese, gallurese e sassarese) viene parlato praticamente in tutta l'isola, tranne che nella zona di Alghero, dove ha una notevole diffusione invece il catalano. Per quanto riguarda il friulano, esso viene parlato diffusamente in Provincia di Pordenone ed inoltre in vari comuni della Provincia di Udine.

[33] Il friulano ed il sardo fanno in realtà parte delle lingue indoeuropee, gruppo neolatino, ma da questo punto di vista non si distinguono dall'italiano.

nari sorgono a proposito dei soggetti che potranno accedere alla tutela prevista dalla legge, potendosi richiamare a tal fine le prospettive favorevoli di cui si diceva in precedenza, e perché qui indubbiamente è necessario prima dare spazio all'attuazione della legge, per verificare successivamente gli eventuali quesiti interpretativi che nasceranno dall'interazione delle norme statali con quelle degli enti chiamati ad attivarsi. Semmai qualche perplessità è affiorata perché se l'inclusione tra le minoranze tutelate dipende, come si è già detto, da un vincolo stabile con una porzione di territorio, non si comprende come mai se ne siano individuate precisamente dodici dimenticandone però due che in astratto avrebbero rivelato i medesimi caratteri, vale a dire i Galloitalici di Sicilia e di Basilicata e i Tabarchini di Sardegna; essendo stato questo problema chiaramente rilevato nel corso dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge [34], se ne deve dedurre che ha prevalso l'interesse a non compromettere l'entrata in vigore della nuova disciplina, potendosi comunque da parte del Parlamento sempre integrare la legge nel prossimo futuro.

Inoltre alcuni dubbi possono già porsi all'attenzione, per i riflessi che hanno sui destinatari della tutela, relativamente all'impostazione dei rapporti tra le previsioni della legge-quadro e le disposizioni di tutela *ad hoc* preesistenti, perché la nuova legge delinea soltanto alcuni meccanismi di raccordo con la normativa regionale, mentre non dà indicazione alcuna né con riferimento alle (poche) leggi statali già in vigore, né per il caso di interventi statutari e regolamentari da parte di altri enti; sul punto, per prevedere la sorte di quelle ulteriori norme e quindi la compatibilità di forme di tutela peculiari con la disciplina generale sopravvenuta, rimandiamo alle osservazioni contenute nei due paragrafi finali.

Non eludibile è poi l'interrogativo su quale possa essere l'aspirazione dei singoli afferenti ai diversi gruppi minoritari, se davvero cioè venga condivisa l'idea di una tutela uniforme quale quella presupposta dalla nuova legge, quantomeno sotto il profilo delle linee fondamentali di disciplina, a fronte di esperienze in qualche caso pluridecennali che si ispirano a principi anche radicalmente antitetici tra loro; per ipotizzare una risposta conviene allora ragionare sul nuovo modello, per verificarne l'originalità, e quindi la distanza dalle pregresse scelte di diritto positivo, che come si è detto assumono particolare consistenza in alcune regioni ad autonomia speciale.

---

[34] Cfr. in http: //www.uniud.it/cip/min_escluse.htm. Sull'originalità dell'esperienza storica e delle condizioni linguistiche, oltre che sulla specificità culturale dei Tabarchini, ma con significativi riferimenti anche ai Galloitalici cfr. V. Orioles-F. Toso (a cura di), *Insularità linguistica e culturale. Il caso dei Tabarchini di Sardegna*, Documenti del Convegno Internazionale di Studi svoltosi a Calasetta nei giorni 23 e 24 settembre 2000, Le Mani, Genova, 2001.

3.a.3. (*segue*) Un modello di tutela uniforme per le minoranze riconosciute?

Pur non risultando formulata in modo del tutto chiaro, la legge n. 482, rispetto alle varie forme di tutela delle minoranze che in astratto poteva perseguire – vale a dire una tutela individuale, negativa o anche positiva, oppure una tutela che desse vita a situazioni giuridiche collettive, o ancora una tutela che sfociasse nell'attribuzione di poteri giuridici a soggetti che rappresentano istituzionalmente la minoranza [35] – sembra prediligere una soluzione mediana tra la prima e la seconda ipotesi; questo nel senso che senz'altro vengono indicate forme di protezione individuale che si sostanziano anche nella pretesa a determinate prestazioni positive da parte dei pubblici poteri, prima fra tutte la formazione multiculturale che le scuole pubbliche devono essere in grado di offrire, ed inoltre un certo livello di tutela collettiva potrà conseguire indirettamente dal perfezionamento degli aspetti di tutela individuale.

Ciò appare in sintonia con le previsioni contenute nei documenti internazionali che richiamavamo in precedenza, ma probabilmente, a differenza di questi, la disciplina legislativa interna avrebbe potuto spingersi più in avanti, non limitandosi a richiedere gli adattamenti del caso alle strutture organizzative e funzionali dello Stato e degli enti territoriali, bensì valorizzando maggiormente il disposto costituzionale dell'art. 6, che se non deve considerarsi meramente ripetitivo del più generale principio pluralista enunciato dall'art. 2 (né tantomeno del principio di eguaglianza di cui al successivo art. 3) [36], permetterebbe la formalizzazione di prerogative facenti direttamente capo alla collettività minoritaria, la quale verrebbe ad esercitarle attraverso le sue articolazioni interne, come del resto già accade con riguardo alle confessioni

---

[35] Per un quadro accurato delle ipotesi di tutela cfr. A. Pizzorusso, *Il pluralismo linguistico tra Stato nazionale e autonomie regionali*, Pacini, Pisa, 1975, cap. I. In particolare poi, sulla genesi dei diritti che si riferiscono a collettività non costituite da libere associazioni (quali i diritti delle minoranze), cfr. A.E. Galeotti, *I diritti collettivi*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000, p. 30 ss., spec. pp. 32-34.

[36] Spiega lucidamente A. Cerri, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 289 ss., spec. p. 311, come la struttura dei diritti speciali – quali quelli che mirano a preservare le singolarità linguistiche, storiche e culturali in genere che caratterizzano i gruppi alloglotti – sia «individualcollettiva» ed in certo senso «solidale», perché questi diritti appartengono a ciascuno in quanto appartengono a tutti i componenti di un gruppo; inoltre essi tutelano l'eguaglianza in modo affatto peculiare, non risultando ad essa contrari perché hanno radice in situazioni effettivamente differenziate, e neppure concretando «discriminazioni rovesciate» perché non comportano un'incisione negativa nella sfera giuridica altrui o nel bene comune, ma la loro correttezza dal punto di vista dei principi risiede nel fatto di aderire a situazioni del tutto particolari. Sul rapporto fra tutela delle minoranze e attuazione del principio di eguaglianza cfr. anche M.A. Cabiddu, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Cedam, Padova, 1997.

religiose diverse da quella cattolica [37]. Tra l'altro l'adozione del criterio dell'allocazione territoriale delle minoranze, da parte della legge n. 482, per farne derivare effettivamente le misure di tutela [38], avrebbe consentito di perfezionare misure di tutela collettiva senza la necessità di ricorrere a meccanismi presuntivi di individuazione delle appartenenze dei singoli alle minoranze, e per contro non avrebbe impedito né la libera adesione individuale al gruppo minoritario, né l'eventuale successivo allontanamento del singolo dal gruppo medesimo con conseguente rinuncia alle misure di tutela, evitando quindi quegli inconvenienti che solitamente vengono indicati come riflessi negativi della protezione collettiva [39].

La scelta positiva del legislatore italiano, che inoltre non distingue fra le diverse realtà locali alle quali si rivolge, ma prefigura invece un modello di tutela uniforme, che si snoda attraverso i rapporti tra cittadino e amministrazione e che dovrebbe comunque tradursi in un apprezzabile beneficio per le minoranze finora più deboli e ciononostante profondamente radicate in alcune aree del paese, quali ad esempio quella albanese di Sicilia [40]; essa non prevede però nessun meccanismo peculiare di tutela giurisdizionale, quale quelli previsti dallo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, che assicurano dei canali di ricorso collettivo diretto contro atti amministrativi e delibere legi-

---

[37] Sulla normativa posta in essere in attuazione dell'art. 8, terzo comma, Cost., dando vita ad intese con alcune confessioni acattoliche cfr. V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti*, Giappichelli, Torino, 1991; dalla disciplina giuridica vigente si ricava il significativo ruolo assunto, nei rapporti con le istituzioni italiane, da queste particolari formazioni sociali le quali, nel caso della comunità valdese mettono in luce una minoranza che, almeno in alcune valli del Piemonte, è religiosa e linguistica insieme.

[38] V. *infra*, par. 3.b.1.

[39] Sul rischio semmai che le pretese di trattamenti differenziati e maggiormente garantiti per le minoranze linguistiche inneschino un processo di istituzionalizzazione che culmini poi nella logica del separatismo si sofferma G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Dir. e società*, 1985, p. 47 ss., spec. p. 60; l'autore evidenzia come il fenomeno delle minoranze linguistiche esprima un autentico elemento di costituzione materiale (un gruppo etnico chiuso da frontiere che esso stesso erige per circoscrivere la propria riconoscibilità) in posizione di tendenziale ostilità rispetto a qualsiasi elemento (proveniente dalla compagine statale in cui si iscrive) idoneo a limitare, diminuire, condizionare i propri caratteri differenziali.

[40] Come si evince dall'intero volume di F. ALTIMARI-M. BOLOGNARI-P. CARROZZA, *L'esilio della parola*, ETS Editrice, Pisa, 1987; recentemente il legislatore regionale siciliano, come si accennava alla nota 8, è intervenuto con la legge n. 26 del 1998, ma la promulgazione ha riguardato soltanto quelle poche norme non impugnate dal Commissario dello Stato davanti alla Corte costituzionale (anche per supposta violazione dell'art. 6 Cost.), per cui l'obiettivo iniziale di valorizzare il patrimonio storico, culturale e linguistico delle comunità siciliane di origine albanese è stato drasticamente ridimensionato ad alcuni aspetti di dettaglio (cfr. in particolare gli artt. 9, 10, 11, 13 e 15 della legge regionale).

slative della regione o della provincia autonoma di Bolzano, rispettivamente davanti al giudice amministrativo (*rectius*: l'autonoma sezione di Bolzano del tribunale regionale di giustizia amministrativa, anche contro i provvedimenti dei comuni della provincia di Bolzano) ed alla Corte costituzionale, su impulso della maggioranza di uno dei gruppi linguistici consiliari, per supposta violazione della parità dei diritti fra i cittadini dei diversi gruppi o delle caratteristiche etniche e culturali dei gruppi stessi [41].

Rispetto a questa più intensa protezione, che presuppone probabilmente una certa concezione della natura giuridica delle collettività linguistiche tedesca e ladina [42], da intendersi non come formazioni sociali diffuse ma come soggetti giuridici autonomi, la legge n. 482 potrebbe segnare allora un passo indietro, per un verso insinuando il dubbio che il Parlamento abbia perso un'occasione per colmare una delle lacune che parte della dottrina rileva all'interno del sistema italiano di giustiziabilità degli atti dei pubblici poteri [43]; per altro verso ingenerando l'idea di uno squilibrio e di un ingiustificato privilegio che residua a favore di quelle due collettività [44] (che ne accentua tra l'altro la separazione rispetto agli altri componenti della comunità locale), una volta che le scelte della legge-quadro sono andate nella diversa direzione della valorizzazione dei diritti dei singoli componenti le minoranze, ai fini di una loro più proficua integrazione culturale.

La risposta a tale duplice interrogativo non è però scontata, risentendo dell'impostazione generale della legge n. 482, che al di là di un'evidente opzione per la tutela individuale non ha poi esplicitato i principi ispiratori

---

[41] V. gli artt. 56 e 92 statuto Trentino-Alto Adige, peraltro dalla formulazione non perfettamente coincidente; anche il Governo italiano può impugnare una legge regionale o provinciale davanti alla Corte costituzionale per violazione del principio di parità dei gruppi linguistici, a norma dell'art. 97 del medesimo statuto. Merita segnalare che l'art. 92 statuto Trentino-Alto Adige è stato integrato dall'art. 4 della legge cost. n. 2 del 2001, cosicché anche gli atti amministrativi ritenuti lesivi del principio di parità tra i cittadini di lingua italiana, ladina, mochena e cimbra, residenti nella Provincia di Trento, possono essere impugnati dinanzi al tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento.

[42] Sul punto cfr. la diversa impostazione di A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, cit., spec. 128, e più recentemente di F. Rigano, *Il ricorso costituzionale diretto delle minoranze linguistiche*, in A. Anzon-P. Caretti-S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 218.

[43] Cfr. A. Spadaro, *La giustizia costituzionale italiana: da originario «limite» a moderno «strumento» della democrazia (pluralista). Cinque proposte*, in R. Bin-C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 311 ss., spec. pp. 322-325, con riferimento al sistema di giustizia costituzionale.

[44] Come si dirà, la legge n. 482 del 1999 fa salve le norme di tutela preesistenti nelle regioni speciali, dovendosi da parte del legislatore regionale dare attuazione soltanto alle disposizioni più favorevoli previste dalla legge-quadro.

della tutela minoritaria (esigendone soltanto l'armonia con quelli stabiliti a livello internazionale), i quali devono venire allora ricavati dall'analisi congiunta dei diversi articoli che compongono il testo normativo; come impressione complessiva che si riceve, in ogni caso si può fin d'ora segnalare che il porsi della legge in modo non antagonistico rispetto all'esistente – rispetto cioè a quelle norme di tutela intensa proprie di alcune realtà locali quali quelle cui ora si accennava, ma anche di altre come quella valdostana, e che vengono comunque salvaguardate [45] – non aiuta affatto a decifrare la congruenza tra queste ultime ed il nuovo modello di tutela, risultando in definitiva arduo prefigurare il grado di soddisfazione dei soggetti interessati, edotti della preesistenza invece di più precise opzioni normative, quali si rivelano essere quella a favore del separatismo linguistico (fatta propria dal Trentino-Alto Adige) e l'altra nel senso del bilinguismo totale (accolta in Val d'Aosta).

3.b. Profili oggettivi

3.b.1. Il mantenimento del criterio della territorialità ai fini dell'operatività della nuova legge

Il primo elemento qualificante, sul piano oggettivo, che viene in considerazione nel testo della legge – e che era lecito attendersi di riscontrare, tenendo conto della maggiore facilità di impiego rispetto ad altri, evidenziata dall'esperienza pregressa – è quello della territorialità, piuttosto che non l'altro della personalità, quale criterio che dovrà presiedere al riconoscimento della garanzia dei diritti linguistici delle minoranze [46]; così i soggetti interessati dall'applicazione delle norme di protezione potranno pretendere tutela soltanto all'interno del territorio nel quale vigono le norme di garanzia, senza viceversa poter aspirare a trattamenti differenziali al di fuori del territorio medesimo, nell'ambito del quale esauriscono la propria operatività le previsioni speciali che determinano e giustificano lo *status* di minoranza.

---

[45] V. gli artt. 13 e 18 della legge n. 482, che in modo non perfettamente coincidente fanno comunque salve le disposizioni regionali vigenti più favorevoli; v. *infra*, par. 3.c.

[46] Lo stesso criterio della territorialità è stato alla base dei riconoscimenti giuridici che nelle regioni speciali hanno ricevuto alcune minoranze. Molto esplicita a tal proposito risulta Corte cost. n. 213 del 1998, che rigetta l'interpretazione (propria del giudice remittente) secondo cui la tutela dei diritti linguistici potrebbe proiettarsi oltre l'ambito territoriale definito (nella specie, dall'art. 100 dello statuto per il Trentino-Alto Adige per i cittadini di lingua tedesca della Provincia di Bolzano); di per sé il principio costituzionale di cui all'art. 6 non avrebbe invece forza espansiva al di là di quanto espressamente stabilito nelle norme speciali di tutela.

Merita segnalare come l'approvazione della legge statale avrebbe potuto rivelarsi invece in astratto occasione estremamente importante, perché in una diversa direzione avrebbe consentito di superare, nella discrezionalità che la Corte costituzionale riconosce al Parlamento [47], gli angusti limiti del criterio poi prescelto, per consentire agli appartenenti ad una certa minoranza di usufruire della tutela in tutto l'ambito nazionale. Invece, determinando tra l'altro un ulteriore, importante, profilo di restringimento degli ambiti di operatività della nuova disciplina, questa volta sotto il profilo oggettivo, la legge dispone all'art. 3 che le province pervengano – sulla base di un procedimento che coinvolge fortemente i comuni (e le popolazioni stanziate negli stessi), sui quali insistono una o più minoranze elencate dalla legge – a delineare l'ambito spaziale entro cui rendere applicabili le norme di tutela.

Non soltanto quindi, ancora una volta, emerge il criterio territoriale quale elemento discretivo in grado di portare all'individuazione dei gruppi che possono aspirare alle nuove forme di tutela, probabilmente in quanto elemento capace di evitare le notevoli difficoltà, sia di identificazione preventiva e sistematica dei destinatari, sia di attuazione successiva della protezione, cui viceversa si andrebbe incontro affermando il riconoscimento di una tutela diffusa; ma altresì l'operatività concreta delle forme di tutela, fatta salva l'ipotesi particolare e presuntiva di cui si dirà oltre [48], è subordinata all'attivazione di determinati soggetti che, se direttamente interessati o comunque individuati dalle normative locali, possono chiedere la consultazione della popolazione residente, al cui consenso – e quindi probabilmente ai buoni rapporti sociali da essa avviati con la minoranza – è legato il proseguo dell'iniziativa nella sede istituzionale del consiglio provinciale; altrimenti deve trattarsi di individui i quali mostrino, in veste di comuni cittadini o di amministratori locali [49],

---

[47] Secondo la Corte non è possibile, da una proclamazione come quella contenuta nell'art. 6 Cost., inferire l'esistenza di un vincolo del legislatore all'adozione di un criterio personale ovvero territoriale nella disciplina dei diritti linguistici delle minoranze, disponendo in realtà il legislatore di un proprio doveroso apprezzamento in materia, e dovendo tra l'altro tener conto delle conseguenze che, per gli altri soggetti non appartenenti alla minoranza protetta come sul piano organizzativo dei pubblici poteri, derivano dalla disciplina speciale dettata in attuazione dell'art. 6; v. la sent. n. 406 del 1999, con i commenti citati alla nota 17.

[48] V. *infra*, par. 3.c.2.

[49] La richiesta deve provenire dal quindici per cento dei cittadini iscritti nelle liste elettorali e residenti nei comuni interessati dalla delimitazione territoriale, oppure da un terzo dei consiglieri comunali dei medesimi comuni. Evidenzia V. Piergigli, *La legge 15 dicembre 1999, n. 482: un traguardo per le minoranze linguistiche (finora) debolmente protette*, in *Quaderni cost.*, 2000, p. 126, come in ogni caso il procedimento prescinda dal requisito della appartenenza individuale alla identità minoritaria, il cui rafforzamento risulta pertanto conseguente ad una scelta imputabile alla maturità e consapevolezza dei cittadini residenti nei comuni che ospitano le minoranze individuate dalla legge.

consapevolezza del significativo radicamento sul territorio di uno dei gruppi aspiranti alla tutela, potendosi in tal caso promuovere direttamente la delibera dell'organo assembleare provinciale.

In senso dubitativo dell'idoneità della scelta di diritto positivo, si potrebbe forse osservare che la considerazione delle difficoltà organizzative ed i maggiori carichi di lavoro che indubbiamente si frapporrebbero al normale operato degli apparati pubblici, non debba necessariamente prevalere rispetto ad altre esigenze sottese al riconoscimento di uno statuto personale delle minoranze linguistiche, quali ad esempio l'opportunità di poter godere nell'intero paese della facoltà di usare la lingua madre nei procedimenti giurisdizionali; per questi ultimi invece, nonostante la significativa previsione dell'art. 9, terzo comma, della legge n. 482, che abilita all'uso della lingua minoritaria davanti al giudice di pace, rimarrà fermo il disposto dell'art. 109 c.p.p. che fa riferimento appunto all'insediamento della minoranza per delimitare l'ambito geografico nel quale è possibile richiedere l'interrogatorio o l'esame nella madrelingua. Più in generale potrebbero paradossalmente crescere le difficoltà di relazione di soggetti i quali, facilitati in molti modi nell'utilizzo della lingua minoritaria nel luogo di residenza, si trovino poi pregiudicati nel rapporto con i pubblici poteri, al di fuori della propria «isola» linguistica nella quale sono concentrati e riconosciuti, senza potere cioè aspirare ad alcuna particolare forma di protezione; questa affermazione deve essere però ponderata con una riflessione relativa ad una scelta di campo che la legge-quadro dovrebbe compiere, nel senso della neutralità rispetto a possibili opzioni, da parte delle comunità locali, a favore di sistemi di tutela già noti e che davvero presentano questo genere di inconvenienti – come quello del separatismo linguistico – perché diversamente, e quindi in caso di una neutralità solo apparente, i rischi di pregiudizio ai quali si alludeva potrebbero rivelarsi privi di consistenza pratica.

3.b.2. *Segue*. Le possibili modalità di tutela da adottare nelle diverse realtà locali

In effetti la legge-quadro si presenta apparentemente come neutra perché – fatta salva l'importante previsione di una doverosa comunicazione da parte dei genitori degli alunni alle scuole elementari e secondarie di primo grado, al momento della preiscrizione, in ordine alla volontà di avvalersi o meno dell'insegnamento ai figli della lingua minoritaria – sembra lasciare impregiudicata un'ampia gamma di opzioni che gli enti locali e le istituzioni autonome potrebbero fare proprie. La legge si preoccupa piuttosto di prefigurare procedure, modalità generali e linee operative di tutela, dettagliando inoltre alcuni diritti che i singoli interessati dovranno essere comunque mes-

si in grado di esercitare, e correlativamente mettendo in luce gli obblighi che sul piano organizzativo gli enti pubblici dovranno assolvere per rendere effettiva la protezione.

Il quadro che ne deriva consente di enucleare precise libertà positive sia per i cittadini, nella vita privata [50] e nei rapporti con tutte le pubbliche amministrazioni operanti nelle porzioni di territorio delimitate dalle province, sia per i soggetti impegnati politicamente all'interno degli organi a struttura collegiale degli enti territoriali, nei quali deve essere consentito l'uso delle lingue minoritarie [51]; i diritti dei singoli si riverberano quindi in modo significativo nella vita delle istituzioni locali, valorizzandosi però al massimo le scelte dei destinatari della tutela di volersene avvalere, perché altrimenti nessuna specifica misura di protezione potrà venire adottata d'autorità, salve semmai più generiche iniziative a favore della valorizzazione delle lingue e tradizioni culturali minoritarie, che del resto non richiedevano apposita previsione legislativa, potendo viceversa essere adottate liberamente già in precedenza (ed essendo talvolta state adottate) da parte degli enti territoriali.

Ma allora, se le insindacabili decisioni dei genitori degli alunni (cui si alludeva in precedenza) costituiscono la prima spia di un rifiuto che il legislatore oppone alla logica del separatismo linguistico [52], le ulteriori disposizioni della legge-quadro, nel loro complesso, sembrano aprire ed incentivare una importante ed originale prospettiva che non parrebbe doversi confondere

---

[50] Soprattutto in virtù del diritto di ottenere il ripristino dei nomi di battesimo in forma originaria, come previsto dall'art. 11.

[51] Anche nelle regioni i cui territori ricomprendano comuni nei quali è riconosciuta la lingua ammessa a tutela, e che costituiscano complessivamente almeno il 15% della popolazione interessata, ai sensi dell'art. 7, secondo comma.

[52] Evidenziata dall'articolazione delle istituzioni scolastiche trentine, che consta di tre gruppi di strutture distinte, alle quali necessariamente afferiscono gli studenti a seconda del gruppo linguistico (italiano, tedesco o ladino) di appartenenza; a sua volta la dichiarazione di appartenenza, resa in occasione dei censimenti, è divenuta nel corso del tempo l'elemento cardine per l'esercizio di una crescente quantità di diritti e facoltà, e anche per l'accesso ai servizi pubblici, con il rischio di irrigidire sempre più i c.d. steccati etnici e di privilegiare eccessivamente la tutela di gruppo rispetto alla tutela individuale; così P. Carrozza, *Minoranze linguistiche*, in *Ann. aut. loc.*, 1987, p. 301, anche se poi è intervenuto il Consiglio di Stato, consentendo ai cittadini di dichiararsi anche mistilingui o alloglotti. In relazione alle iscrizioni scolastiche sono state introdotte inoltre poco giustificabili forme di controllo del gruppo di appartenenza degli alunni – mediante la possibilità, accordata alle commissioni paritetiche presiedute da un componente appartenente al gruppo linguistico corrispondente alla lingua della scuola, di respingere un'istanza di iscrizione se esse ritengano che l'alunno non possieda un'adeguata conoscenza della lingua di insegnamento prevista per la scuola di frequenza – contravvenendosi al principio della piena libertà dell'iscrizione medesima in nome di discutibili esigenze efficientistiche; cfr. ancora P. Carrozza, *Minoranze linguistiche*, in *Ann. aut. loc.*, 1989 e 1991, risp. pp. 335 e 366.

nemmeno con il bilinguismo totale, perché la finalità ultima perseguita non è necessariamente quella della piena omogeneità linguistica [53], bensì l'altra di una integrazione culturale che tuttavia non mira a far scomparire progressivamente le diversità e le peculiarità dei diversi gruppi costituenti il tessuto della realtà locale.

Sotto questo profilo, aprendo una breve parentesi, diventa problematico argomentare di un carattere di minore o maggior favore per le norme di tutela che preesistevano alla legge n. 482 e che solo nel secondo caso sono destinate a sopravvivere e a prevalere su di essa; la risposta che si può abbozzare è del tutto relativa perché è evidente che il ragionamento risente del punto di vista dal quale si muove, e così ad esempio la normativa valevole per il Trentino-Alto Adige può considerarsi più favorevole nella prospettiva dell'alterità tra le comunità linguistiche italiana, tedesca e ladina, che al legislatore regionale potrebbe anche premere di mantenere [54], mentre sarebbe da considerarsi pregiudizievole nell'ottica dell'interculturalità che la nuova legge mostra di privilegiare (senza tuttavia aver chiarito che da quest'ultima prospettiva debba scaturire il parametro al quale raffrontare, rispettivamente, le norme regionali preesistenti, e le norme sopravvenute della legge medesima). Per converso la normativa vigente in Val d'Aosta ha posto senz'altro le premesse di risultati avanzati sulla via di pacifiche e costruttive relazioni sociali, in considerazione delle peculiarità di quella regione [55], ma non può considerarsi necessariamen-

---

[53] L'omogeneità linguistica si realizza concretamente in Val d'Aosta considerando che all'insegnamento del francese è dedicato lo stesso numero di ore riservato all'italiano, in nome di una parificazione enunciata nello Statuto speciale e legata anzitutto al fatto che la minoranza francofona costituisce ancora oggi la maggioranza della popolazione della Valle; il bilinguismo totale è quindi difficilmente proponibile come modello generale perché meglio si giustifica in questo particolare tipo di comunità, la cui stessa autonomia politica è in buona misura legata alle esigenze di tutela della minoranza linguistica e della sua proficua convivenza con i soggetti di madrelingua italiana. Più ampiamente P. Carrozza, *Statuto Valle d'Aosta*, cit., p. 393 ss.

[54] Più esattamente si porrebbe il problema di un contrasto interpretativo tra le autorità trentine ed il Governo che volesse invece far prevalere le disposizioni più favorevoli della legge n. 482, ai sensi dell'art. 18, attraverso l'approvazione di norme di attuazione dello statuto speciale. Con riguardo alla comunità ladina c'è poi da rilevare il particolare problema che deriva dalle misure di tutela già previste concretamente per i ladini dell'Alto-Adige (e dopo l'approvazione della legge cost. n. 2 del 2001, anche per i ladini residenti in Provincia di Trento), «più favorevoli» delle possibilità che si aprono per gli altri gruppi ladini a seguito dell'approvazione della legge n. 482.

[55] V. *supra*, alla penultima nota. Il discorso si farebbe ancora più complesso, ma lo accenniamo soltanto per non squilibrare l'intero lavoro, considerando che in realtà la lingua storicamente affermatasi come veicolare in Val d'Aosta non è il francese, bensì il franco-provenzale; quest'ultimo è rimasto tuttavia sacrificato dalla promozione del francese come lingua amministrativa e di cultura, e quindi confinato – almeno fino all'approvazione della legge n. 482, che lo riconosce distintamente accanto al francese – al più ridotto ruolo di dialetto.

te in assoluto «migliore» di una disciplina, come quella prefigurata dalla nuova legge, per la quale la lingua italiana manterrà un ruolo diverso, e per vari aspetti privilegiato, rispetto a quello delle lingue minoritarie; è intuibile infatti come il regime di bilinguismo tenda a diluire sempre più i caratteri distintivi delle minoranze alloglotte, rendendo via via recessivi altri strumenti di tutela (tipicamente, l'organizzazione dei pubblici uffici adeguata alle peculiarità linguistiche) che a quei caratteri differenziali strettamente si legano [56].

Al di là di questo aspetto particolare, eppure importante, deve probabilmente interpretarsi la scelta di diritto positivo compiuta dal legislatore della 482 come una sfida per la ricerca di un equilibrato rapporto tra omogeneità e diversità culturale, allo scopo di conseguire una solida coesione sociale, «tessuta» anzitutto attraverso le nuove proposte educative e culturali che la scuola deve essere in grado di offrire, e poi ulteriormente elaborata nei vari ambiti relazionali in cui si pongono quotidianamente gli individui [57]; se quindi l'auspicio, pur implicito, che è dato cogliere nella nuova legge è quello di un ambizioso passaggio da una situazione in cui semplicemente coesistono più culture ad un sistema interculturale in cui i soggetti possono aprirsi alla pluralità avendo gli strumenti (anche giuridici) per gestirla [58], dovremmo concludere che la scelta di campo del legislatore non è stata così neutra come poteva apparire, ma invece assai articolata e tale da accogliere il principio pluralista in un senso molto avanzato, stemperando i timori di pregiudizio per i gruppi minoritari e per coloro che ne fanno parte, che si trovino ad interagire con le istituzioni al di là della «frontiera» regionale, perché essi dovranno in ogni caso conoscere la lingua italiana, rispetto alla quale l'ulteriore bagaglio di conoscenze non può essere alternativo ma soltanto un complemento importante a quello – infungibile – mutuato dalla cultura propria del paese.

---

[56] Si dovrebbe chiarire quindi se la valutazione delle disposizioni più favorevoli debba essere condotta alla stregua di un criterio per così dire soggettivo, legato alla prospettiva delle autorità regionali, oppure oggettivo o esterno, alla luce di un principio avanzato di pluralismo che dovrebbe aver ispirato il legislatore della 482, come si dice di seguito nel testo.

[57] Come indicato in modo illuminante da A. Perotti, *La via obbligata dell'interculturalità*, EMI, Bologna, 1994, p. 16, secondo cui l'edificazione della società dell'avvenire non può attendere che il ciclo delle generazioni diluisca o assorba le attuali differenze, per cui la sfida politica consiste nel trovare oggi, non domani, un giusto rapporto tra le diversità e la coesione sociale, non solo perché la diversità nella società non scomparirà mai, ma perché questo è implicito nella vera democrazia.

[58] Riprendendo alcuni auspici di F. Rizzi, *Educazione e società interculturale*, La Scuola, Brescia, 1992, p. 13. Sottolinea poi A. Nanni, *L'educazione interculturale oggi in Italia*, EMI, Bologna, 1999, p. 11, come in Europa l'educazione interculturale divenga un'alternativa al modello di acculturazione occidentale da cui non si è ancora usciti nonostante la crescente retorica sulla cultura planetaria e sull'uomo-cittadino del mondo.

3.b.3. *Segue*. Gli indici di appartenenza dei singoli alle minoranze ed il divieto di politiche di assimilazione

Altro aspetto problematico sul quale pare opportuno soffermarsi brevemente è quello per cui, in base a quanto evidenziato in precedenza relativamente alla possibilità dei cittadini e dei consiglieri comunali di attivarsi direttamente per richiedere la delimitazione dell'ambito territoriale in cui applicare le disposizioni di tutela delle minoranze linguistiche, sembrerebbe possibile che le stesse minoranze vengano assunte come tali, all'interno di una determinata area, indipendentemente dal concorso della volontà dei singoli che vi si identifichino, sotto il profilo etnico e culturale, ma che non gradiscano in ipotesi alcuna politica di assimilazione, vietata tra l'altro dall'art. 5 della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali [59].

Forse qui, però, la contraddizione con i principi posti dal Consiglio d'Europa è più apparente che effettiva, poiché per un verso è possibile – anche se la previsione dell'art. 3, secondo comma, trova una collocazione residuale, mentre la norma che dovrebbe risultare di più frequente applicazione è quella contenuta nel primo comma – che gli statuti e i regolamenti comunali, alle cui previsioni viene fatto un importante rinvio, lascino adeguato spazio all'iniziativa dei soggetti interessati, i quali potrebbero quindi preferire di non avviare il procedimento che porta poi alla consultazione della popolazione residente [60], affinché ne consegua la delimitazione dell'ambito territoriale di tutela da parte del consiglio provinciale (a tale proposito non si può tacere che la formulazione dell'art. 3, secondo comma, della legge n. 482 del 1999 appare poco chiara, laddove ci si riferisce ad apposite consultazioni, promosse dai soggetti *aventi titolo* [61] e con le modalità previste dai rispettivi

---

[59] Tale articolo infatti, al secondo comma, recita che fatte salve le misure adottate nell'ambito di una politica generale d'integrazione, le Parti si astengono da ogni politica o prassi mirante all'assimilazione di persone appartenenti a minoranze nazionali contro la loro volontà, e proteggono queste persone da ogni azione volta a tale assimilazione.

[60] Da segnalare anche che l'art. 8 del T.U. n. 267 del 2000, riguardante gli istituti di partecipazione popolare, mutua dall'art. 6 della legge n. 142 del 1990 un'ambigua locuzione secondo cui le consultazioni ed i referendum locali devono riguardare materie *di esclusiva competenza locale*; secondo L. VANDELLI, *1990-2000. Dieci anni di riforme. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, Maggioli, Rimini, 2000, III ed., pp. 196-197, se da un lato l'oggetto delle consultazioni non deve trascendere la disponibilità decisionale dei comuni, al fine di evitare enfatizzazioni prive di ricadute concrete sulla vita delle collettività locali, dall'altro lato è anche vero che un'interpretazione flessibile del rapporto tra oggetto e competenze degli enti è necessaria per non rendere sostanzialmente impraticabili le consultazioni medesime, se si considerano i criteri (finora) più generalmente utilizzati di riparto delle competenze, i quali (anche nel caso da noi esaminato) coinvolgono più soggetti istituzionali.

[61] Cosa deve intendersi con questa espressione? Viene da chiedersi infatti se sarebbero da

statuti e regolamenti comunali, che possono produrre pronunce favorevoli della popolazione residente le quali risultino idonee a porre i presupposti della delibera del consiglio provinciale, in mancanza dell'attivazione dei cittadini o dei consiglieri comunali di cui si diceva).

Per altro verso, anche allorché si prescinda dall'impulso degli interessati, secondo la regola generale prevista dal primo comma, le valutazioni inerenti la legittimità delle misure di tutela delle minoranze dipenderanno non tanto dal fatto che la delibera provinciale che ne consente l'operatività trovi o meno corrispondenza astratta nella volontà dei destinatari della tutela medesima, quanto dagli ulteriori meccanismi che consentono concretamente alla disciplina giuridica di produrre i propri effetti. Per esemplificare, si pensi a quei sistemi, dei quali si accennava in precedenza, adottati in Trentino-Alto Adige per determinare l'appartenenza dei cittadini ad uno o ad un altro gruppo linguistico e ricavarne quindi la struttura scolastica alla quale poter iscrivere i figli, secondo un'impostazione che tra l'altro comporta la rinuncia al vantaggio più appariscente del criterio di territorialità (il poter fare a meno di una preventiva identificazione degli appartenenti alle minoranze); probabilmente sistemi di questo tipo, se ripresi senza gli opportuni accorgimenti dalla futura normativa di attuazione prevista dalla legge n. 482 del 1999 rischierebbero di dar luogo a dubbi di compatibilità con la Convenzione-quadro, indebolendo il principio di autodeterminazione dei singoli a favore di un'indiscriminata e generica politica di tutela minoritaria, di per sé opinabile almeno sotto due punti di vista: essa non garantirebbe infatti quella proficua integrazione culturale alla quale sono chiaramente rivolti i documenti adottati a livello europeo, ma ancor prima – dando vita a minoranze «loro malgrado» [62] – contraddirebbe l'essenza di principi fondativi dell'ordinamento quali quelli democratico, di pluralismo ideologico ed istituzionale, di libertà di opinione, secondo cui l'appartenenza ad una minoranza non può costituire una mera

considerare legittime quelle eventuali previsioni statutarie che riconoscessero le istanze di singoli o di associazioni non riconducibili ai gruppi minoritari.

[62] Si deve avvertire che A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967, nell'impostare il problema relativo alla legittimità ed opportunità dell'istituzione di sistemi di accertamento dell'appartenenza alle minoranze, spec. pp. 126 ss. e 199 ss., utilizza l'espressione di minoranze «loro malgrado» in un significato profondamente diverso da quello adoperato nel testo, per evidenziare cioè la condizione di quei soggetti, appartenenti ad una minoranza, i quali vorrebbero assimilarsi con i membri della maggioranza, ma ciò è reso impossibile da questi ultimi, che impediscono il raggiungimento di tale obiettivo e si adoperano invece per il mantenimento della separazione. Una recente precisazione in ordine alle due diverse nozioni di minoranza, *by force* e *by will*, si deve a P. COMANDUCCI, *Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, cit., p. 47 ss., spec. pp. 55-56.

questione di fatto, definita attraverso criteri oggettivi, ma richiede necessariamente il concorso della volontà degli interessati [63].

Viceversa desta qualche perplessità l'evenienza, improbabile ma non del tutto remota alla luce del disposto dell'art. 3, che il procedimento di delimitazione degli ambiti territoriali cui applicare la disciplina di tutela non inizi affatto, rendendo così inoperanti le disposizioni della legge n. 482, nel caso in cui i cittadini ed i consiglieri comunali non si rivelino sensibili al tema e contemporaneamente la normativa degli enti locali non risulti sufficientemente attrezzata da far scattare l'*iter* residuale di cui al secondo comma, oppure nell'altro caso, per vero singolare, in cui gli stessi gruppi minoritari non siano in grado di esprimere un'iniziativa coesa ed incisiva rivolta alla consultazione popolare; se nella prima ipotesi si dovrebbe dar corso ad un'attività di revisione statutaria – peraltro già richiesta dalla legge n. 265 del 1999, di riforma della legge n. 142 del 1990 sull'ordinamento delle autonomie locali, ed ora dal T.U. n. 267 del 2000, di riordino della disciplina di comuni e province [64] – nella seconda invece (forse ancora più improbabile) si assisterebbe ad un significativo scarto tra «l'ipoteca», per così dire, posta implicitamente dal Parlamento italiano sulle capacità autoorganizzative dei gruppi minoritari elencati nell'art. 2, ed una realtà di mancato consolidamento interno e di scarsa omogeneità degli intenti esprimibili dalle minoranze stesse, che sarebbe difforme dalle aspettative del legislatore statale.

3.c. L'incerto inquadramento dei rapporti tra le varie discipline nel sistema delle fonti del diritto

3.c.1. L'intervento statale, legislativo e regolamentare, e quello regionale

Una parte decisiva per l'attivazione dei nuovi procedimenti è riservata al Governo, come si è già detto chiamato ad emanare norme regolamentari di attuazione della legge n. 482, ed in particolare a definire i criteri di ripartizione delle risorse – da far gravare sul bilancio statale e che poi verranno concretamente trasferite con decreto del Presidente del Consiglio – con le quali gli enti locali potranno provvedere agli adempimenti voluti dal legislatore. La bozza di regolamento che era stata predisposta in un primo momento dal Comitato tecnico-consultivo del Ministro per gli Affari Regionali sembrava esprimere sotto vari profili un tentativo di riscrivere o comunque di novare

---

[63] Sul punto cfr. P. Carrozza, *Profili giuridico-istituzionali*, in F. Altimari-M. Bolognari-P. Carrozza, *L'esilio della parola*, cit., p. 115 ss., spec. p. 148.

[64] V. *infra*, par. 3.c.2.

sostanzialmente la legge, scendendo ad un livello di notevole dettaglio che suscitava alcuni dubbi relativi alla possibile lesione dell'autonomia decisionale degli enti territoriali coinvolti nell'attuazione della legge-quadro; questo non tanto nei confronti delle regioni quanto a riguardo degli enti locali.

Le regioni infatti trovavano, e trovano, una collocazione non indifferente, ma probabilmente nemmeno decisiva, nel processo che porterà al perfezionamento delle soluzioni di tutela prefigurate dalla legge n. 482, perché se relativamente agli aspetti finanziari esse sembrano quasi dei meri «passacarte» tra lo Stato e gli enti locali [65], si è già avuto modo di sottolineare che l'attivazione del meccanismo di individuazione delle minoranze chiama direttamente in causa proprio questi ultimi; piuttosto alle regioni, attraverso l'adeguamento della propria legislazione ai nuovi principi legislativi, rimane uno spazio di disciplina da sfruttare «in seconda battuta» rispetto all'intervento di province e comuni che è determinante per l'attivazione dei meccanismi di tutela, fatta eccezione semmai per la necessità di dotare i propri organi ed apparati di strutture idonee a garantire quegli *standard* di tutela delle minoranze che la legge esige in generale dalle amministrazioni pubbliche [66]. Semmai, più in generale, bisognerà valutare le ricadute delle modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, perché si potrebbero aprire spazi di legislazione primaria e concorrente finora impensati per le regioni a statuto ordinario, e che obbligherebbero a riflettere sul ruolo che manterrebbe nel sistema la legge n. 482, toccando essa profili di competenza sui quali la potestà normativa statale, nella nuova architettura costituzionale, complessivamente tende ad arretrare.

Per il momento si può sottolineare che le previsioni da quest'ultima dedicate alle regioni a statuto ordinario da un lato (art. 13), ed alle regioni a statuto speciale dall'altro (art. 18), seguono un'impostazione piuttosto diversa, ma comunque non inedita rispetto ai modelli più conosciuti di raccordo tra fonti. Nell'un caso, infatti, la legge accolla un immediato onere di recepimento dei principi da essa stabiliti, facendo salve le disposizioni regionali previ-

---

[65] L'impressione è suscitata dall'art. 8 del regolamento laddove le regioni si interpongono a doppio senso tra lo Stato e gli enti locali, trasmettendo allo Stato i programmi dettagliati degli interventi previsti dagli enti locali, con la relativa quantificazione finanziaria, e successivamente trasferendo i fondi statali assegnati agli enti locali.

[66] Nel territorio dei comuni nei quali si applicheranno le misure di protezione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 9 della legge. Peraltro è noto come siano relativamente pochi i casi in cui l'amministrazione regionale si ponga in rapporto diretto con i cittadini attraverso i propri uffici, e quindi lo spessore dell'onere di adeguamento si riduce almeno sotto il profilo quantitativo, ciò non togliendo che l'attività degli organi a struttura collegiale debba venire svolta nella lingua ammessa a tutela, se il territorio regionale ricomprende comuni nei quali è riconosciuta una lingua minoritaria.

genti e più favorevoli per le minoranze, e senza prevedere alcun meccanismo di tipo sanzionatorio o sostitutivo; ciò determina l'abbandono di una linea severa nei rapporti tra disciplina statale e regionale – quale quella accolta nel lontano 1953 dalla c.d. legge «Scelba» [67], che culminava nell'abrogazione delle anteriori norme regionali, in caso di inerzia dei consigli degli enti interessati – a favore di un approccio più morbido che può essere letto anche come segno di riconoscimento all'opera già parzialmente svolta dalle regioni, nei limiti di quella competenza che abbiamo detto essere stata loro riconosciuta dalla Corte costituzionale [68]. Nell'altro caso, invece, resteranno ferme le norme di tutela esistenti, mentre l'applicazione delle disposizioni più favorevoli previste dalla legge n. 482 verrà disciplinata attraverso norme di attuazione dei rispettivi statuti speciali (fatto salvo il caso della minoranza slovena in Friuli, per la quale è intervenuta direttamente la legge statale a disciplinare in modo più analitico molti degli aspetti contenuti nella legge quadro, che acquista un valore residuale [69]); viene rifiutata quindi l'idea del possibile adeguamento attraverso la legislazione regionale che pure aveva costituito il filo conduttore della disciplina introdotta, per il Trentino-Alto Adige, con il D.Lgs. n. 266 del 1992 [70], preferendosi un'impostazione più tradizionale.

Qualche perplessità suscitava semmai la bozza del regolamento di attuazione della legge, all'art. 1, secondo comma, secondo cui nelle stesse regioni

---

[67] Secondo l'art. 10, secondo comma, legge n. 62 del 1953, l'antinomia tra legge statale successiva e legge regionale anteriore doveva essere risolta ricollegando un effetto abrogativo allo spirare infruttuoso del termine di 90 giorni entro cui il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi ai nuovi principi della legislazione statale. L'impostazione prescelta dalla legge n. 482 del 1999 sembra dare invece ragione a quella parte della dottrina che ritiene l'abrogazione inapplicabile a fonti che si muovono in ambiti tra loro diversi e non coincidenti, quali quello dei principi (statali) e l'altro delle norme di dettaglio (regionali). Per una sintesi efficace del dibattito dottrinale che da lungo tempo interessa il tema v. A. PIZZORUSSO, *Legge cornice* [voce aggiornata 1997], in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. I, p. 745 ss.

[68] V. *supra*, par. 2.

[69] Peraltro è necessario un coordinamento, a livello interpretativo, tra gli artt. 1, secondo comma, e 28 della legge n. 38 del 2001, perché se per la prima disposizione relativamente a quanto espressamente previsto nella nuova legge non si applicano le disposizioni contenute nella legge-quadro, invece secondo l'art. 28 può esserci un recupero della legislazione generale di tutela, se ritenuta più favorevole, sentito anche il Comitato istituzionale paritetico per i problemi della lingua slovena.

[70] Sugli sviluppi della giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 2 del D.Lgs. n. 266 del 1992, che ha previsto una modalità – peraltro assai criticata sotto il profilo della compatibilità con i principi di sistema – di impugnazione successiva delle disposizioni legislative regionali (e provinciali) non adeguate ai principi e alle norme costituenti limiti indicati dagli artt. 4 e 5 dello statuto speciale, v. A. PAOLETTI, *Illegittimità sopravvenuta ed abrogazione delle leggi regionali. Il caso del Trentino Alto Adige*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4005 ss., e più recentemente Corte cost. n. 477 del 2000.

a statuto speciale transitoriamente si sarebbe dovuta applicare la normativa secondaria, beninteso se più favorevole alle minoranze linguistiche: questa impostazione, pur trovando in qualche modo conforto giurisprudenziale in recenti assunti della Corte costituzionale [71] – stando ai quali i regolamenti statali non violano i principi a base dei rapporti tra Stato, regioni e province autonome in quanto intervengono in via suppletiva e sono quindi da ritenersi cedevoli di fronte a diverse scelte concrete da parte delle autonomie [72] – veniva sostanzialmente a contraddire la scelta legislativa sul punto, suggerendo l'idea di una interferenza statale – sia pur temporanea – maggiore di quella esplicata nei confronti delle altre regioni; l'eliminazione di tale previsione in sede di approvazione definitiva del regolamento è da giudicarsi quindi come assai opportuna [73].

Rimane in ombra infine una diversa ipotesi, quella cioè della sorte delle preesistenti leggi statali che prevedessero una tutela specifica per una o più minoranze protette, come è accaduto ad esempio per l'insegnamento della lingua slovena in alcune zone del Friuli prima dell'approvazione della legge n. 38 del 2001 e in pochi altri casi [74]; il problema può essere forse impostato nel senso di immaginare la permanente operatività di quelle leggi fintantoché non vengano in essere normative regionali di attuazione della legge n. 482 perché, secondo i principi, l'emanazione di una legge generale non dovrebbe risultare sufficiente per abrogare leggi speciali [75], a meno che esse non ne contraddicano l'ispirazione fondamentale e l'impostazione di metodo [76]. A segui-

---

[71] Cfr. la sent. n. 425 del 1999, peraltro rivolta al caso di attuazione regolamentare di direttive comunitarie.

[72] Sotto questo aspetto il precedente della Corte costituzionale appena citato non sarebbe del tutto pertinente, perché come si è detto la legge richiede l'attuazione delle disposizioni più favorevoli attraverso norme di attuazione statutaria.

[73] A prescindere poi dalla dubbia applicabilità di norme regolamentari governative a livello regionale (sul punto, da ultimo, R. Bin, *Regolamenti statali e attribuzioni legislative delle Regioni*, in *Regioni*, 2001, p. 387 ss.), non si capisce come possa evincersi un significato di maggior favore rispetto a norme regionali inesistenti (in quelle regioni sprovviste per l'appunto di normative di tutela). L'art. 13, secondo comma, del regolamento nella versione definitiva, prevede più semplicemente la applicabilità del regolamento medesimo soltanto alla minoranza linguistica slovena e fino alla completa operatività della legge n. 38 del 2001.

[74] Alcune esemplificazioni sono contenute in S. Bartole, *Minoranze nazionali*, cit., pp. 52-53.

[75] Peraltro la Corte costituzionale, con sent. n. 503 del 2000, ha ricordato di avere in passato chiarito, con la sent. n. 29 del 1976, che il canone interpretativo secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* non ha rango costituzionale né valore assoluto come criterio di risoluzione delle antinomie.

[76] Peraltro il punto non è generalmente molto studiato, orientandosi invece prevalentemente il dibattito (e gli interventi di diritto positivo, come nel caso di specie) sui rapporti tra

to dell'intervento regionale egualmente dovrebbero continuare a far parte dell'ordinamento, salvo acquisire un carattere di cedevolezza e quindi porsi sostanzialmente in stato di quiescenza a favore della produzione di effetti da parte della normativa regionale.

3.c.2. *Segue*. Gli spazi di intervento degli enti locali

Una incertezza ancora maggiore riguarda, come accennato, i rapporti che si istituiscono tra la legge-quadro, il regolamento governativo di attuazione (nella formulazione originaria come nella sua veste definitiva), e le fonti di autonomia locale.

Anzitutto l'art. 1, terzo e quarto comma del regolamento, venendo a specificare cosa debba intendersi per ambito territoriale e *sub*comunale in cui applicare le disposizioni di tutela, previo intervento dei consigli provinciali, pone contestualmente un termine di novanta giorni per la pronuncia di tali organi, a seguito dell'attivazione dei soggetti abilitati, e configura altresì, al successivo quinto comma, un particolare sistema di presunzione per ricavare la presenza delle minoranze sul territorio nel caso in cui esista già una legge statale o regionale anteriore che abbia operato la delimitazione spaziale per taluno dei gruppi minoritari ricompresi nell'elenco dell'art. 2 della nuova legge. In questo modo si dà vita ad un meccanismo che ad un tempo presuppone la perdurante operatività di normative anteriori [77] (ma ciò può non esser più vero nel caso in cui l'adeguamento ai nuovi principi da parte delle regioni risulti tempestivo), e per altro verso consente alle province ed ai comuni di attivarsi indipendentemente dalle scelte di diritto positivo della regione in cui sono inseriti.

Si rafforza allora la sensazione per cui il ruolo della regione dovrebbe risultare assai marginale, mentre decisiva appare la valutazione dei rapporti Stato-enti locali, ed in particolare dello spazio che permane per le scelte di questi ultimi, se è vero che essi dovranno intervenire, sì su una più vasta gamma di oggetti, ma con libertà di manovra che talvolta non pare dissimile da quella (ridotta) di una qualsiasi amministrazione statale periferica. Significativi in questo senso gli esempi offerti dalle specificazioni che gli artt. 5 e 6 del regolamento offrono degli artt. 8 e 9 della legge-quadro, in relazione alla pubblicazione degli atti ufficiali nella lingua ammessa a tutela ed all'uso della lingua minoritaria negli uffici pubblici.

---

leggi regionali preesistenti e leggi statali sopravvenute, ed a tal proposito si può ricordare come la giurisprudenza costituzionale oscilli tra la prospettiva dell'abrogazione e quella della illegittimità costituzionale sopravvenuta delle leggi regionali.

[77] Rimane salva ad esempio la normativa valdostana che ha delimitato l'ambito territoriale della minoranza *Walser* in ottemperanza a quanto richiesto dalla legge cost. n. 2 del 1993.

Per altri aspetti invece, allorché le indicazioni del regolamento governativo appaiono meno puntuali, la preoccupazione di «un'invasione di campo» diviene recessiva, dovendoci piuttosto chiedere quale sia la sorte delle disposizioni normative, ed in particolare di quelle statutarie, che in ipotesi contrastino con le scelte statuali. Non scontata sembra infatti l'applicazione del meccanismo abrogativo che, in materia di ordinamento delle autonomie locali, la legge n. 265 del 1999, e poi il D.Lgs. n. 267 del 2000, hanno previsto per la legislazione statale di principio che tocca l'esercizio delle funzioni conferite agli enti territoriali minori; come si ricorderà infatti la caducazione delle norme statutarie, alla quale consegue l'onere di adeguamento di queste [78], è subordinata all'espressa enunciazione dei principi che costituiscono limite inderogabile all'autonomia normativa locale, cosa che la legge-quadro non fa, per cui, per risolvere la questione interpretativa, sarà necessario valutare il carattere di principio o di regola che le singole norme assumono, con il rischio evidente di approcci difformi da parte dei consigli degli enti interessati, e quindi di un successivo contenzioso amministrativo e giurisdizionale [79].

A questo punto devono però arrestarsi le valutazioni preliminari suggerite dal testo della legge n. 482, perché decisiva risulterà evidentemente la prassi attuativa, che a sua volta stimolerà senz'altro in dottrina analisi mirate delle singole scelte di governo locale.

---

[78] Secondo l'art. 1, terzo comma, T.U. n. 267 del 2000 (che riprende l'art. 4, comma 2 *bis*, legge n. 142 del 1990) la legislazione di disciplina dell'esercizio delle funzioni conferite agli enti locali (e questo carattere assume senz'altro l'art. 3 della legge n. 482 del 1999, così come altre norme in essa contenute) provoca l'abrogazione delle norme statutarie incompatibili, oltre ad un onere per gli stessi enti locali di adeguamento ai nuovi principi.

[79] Si potrebbe semmai dire che la natura di norme di principio propria della legge n. 482 risulta, oltre che da molte delle considerazioni svolte in precedenza, dal dibattito parlamentare che ha accompagnato le varie proposte di legge succedutesi nel tempo e dai lavori preparatori della legge n. 482, così come pure da un'interpretazione logico-sistematica di questa legge con il disposto dell'art. 6 Cost.

Del giudizio di ammissibilità del *referendum* come «processo» costituzionale (a proposito dell'intervento di terzi nel procedimento davanti alla Corte)

di *Alessandro Morelli*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La natura del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo: orientamenti dottrinali. – 3. Proposta di un diverso approccio teorico al problema, in considerazione delle esigenze di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale all'interno del sistema. – 4. *Segue*. Conseguenze della classificazione dell'attività sul piano del diritto positivo. – 5. Alcune osservazioni sistematiche sui fenomeni di «processualizzazione» dell'attività amministrativa. – 6. *Segue*. … e di quella legislativa. – 7. La partecipazione di soggetti terzi al giudizio di ammissibilità del *referendum*: orientamenti giurisprudenziali. – 8. *Segue*. Il *revirement* della sent. n. 31 del 2000. – 9. Possibili sviluppi della giurisprudenza futura: l'esigenza di selezionare i partecipanti al giudizio. – 10. *Segue*. La diversa natura degli interessi coinvolti: da un lato, quelli «pregiudicati» dall'abrogazione referendaria e, dall'altro, quelli inerenti alla *pura* ammissibilità del quesito. – 11. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La questione relativa all'ampiezza del contraddittorio nel giudizio di ammissibilità disciplinato dall'art. 33 della legge n. 352 del 1970 è stata spesso affrontata dalla dottrina all'interno della più complessa problematica inerente alla natura giuridica dell'attività svolta dalla Corte costituzionale nel procedimento referendario [1].

Le soluzioni prospettate, al riguardo, sono state le più varie e dalle stesse si è finito col ricavare tutta una serie di implicazioni rilevanti sul piano prati-

[1] Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 1999, p. 469 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 385 s.

co; il che dovrebbe indurre già alla massima prudenza nel prendere nuovamente in esame il tema se, com'è stato efficacemente rilevato, quando «le classificazioni non si limitano a fornire sistemazioni scolastiche […], ma pretendono di valere anche come norme prescrittive […], allora si deve usare molta cautela, per evitare che da predeterminazioni astratte di categorie generali si possano dedurre *more geometrico* conseguenze troppo rigide o, al contrario, si possano costruire complicati, quanto inutili e fuorvianti, edifici barocchi»[2].

Le riflessioni che seguono sono volte, in primo luogo, a verificare la reale utilità di una catalogazione dogmatica della competenza in parola, soprattutto in relazione al profilo della partecipazione al giudizio di soggetti diversi dai legittimati *ex* art. 33, terzo comma, legge n. 352, possibilità a lungo negata dalla Corte e ammessa soltanto di recente, con sent. n. 31 del 2000; in secondo luogo, esse tendono a collegare la questione della giurisdizionalità dell'attività stessa, da un lato, al problema della legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale nell'ordinamento e, dall'altro, alle dinamiche evolutive delle pubbliche funzioni, nel senso, come subito si vedrà, di una tendenziale e progressiva «processualizzazione» di queste ultime.

2. La natura del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo: orientamenti dottrinali

Com'è noto, l'indirizzo che riconosce al «giudizio»[3] disciplinato dall'art. 33 della legge n. 352 natura di giurisdizione oggettiva trova un'autorevole formulazione nell'impostazione teorica di A.M. Sandulli, il quale equiparava i giudizi di ammissibilità a quelli di costituzionalità delle leggi, dovendosi porre la Corte, in entrambi i casi, a difesa «dell'interesse obbiettivo dell'ordinamento, e non al servizio di interessi di questo o di quel soggetto, pubblico o privato»[4]; in tale prospettiva, i promotori del *referendum* ed il Governo

---

[2] G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 20.

[3] A norma dell'art. 2 della legge cost. n. 1 del 1953, «spetta alla Corte costituzionale *giudicare* se le richieste di *referendum* abrogativo presentate a norma dell'art. 75 Cost. siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso. Le modalità di tale *giudizio* saranno stabilite dalla legge che disciplinerà lo svolgimento del *referendum* popolare».

[4] A.M. Sandulli, *La giustizia costituzionale in Italia*, in Id., *Scritti giuridici*, I, Jovene, Napoli, 1990, p. 472 s.; per la nota tesi secondo la quale tutte le competenze della Corte avrebbero natura giurisdizionale cfr. Id., *Sulla «posizione» della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., p. 401 ss.

sarebbero stati legittimati *ex lege* ad intervenire nel giudizio come semplici «ausiliari del giudice» e non come veri e propri contraddittori [5].

La tesi ha trovato largo seguito in dottrina [6], suffragata dai segnali offerti in tal senso dalla stessa disciplina che, da un lato, definisce «giudizio» il procedimento in questione e, dall'altro, dispone che il provvedimento conclusivo del controllo consista in una «sentenza» (art. 33, quarto comma, legge n. 352) [7].

Diversa la posizione di chi ha accostato l'attività svolta dal giudice costituzionale alla giurisdizione volontaria [8], dal momento che il giudizio di ammissibilità sarebbe diretto non alla risoluzione di un conflitto di interessi attuale, assente in quanto i promotori eserciterebbero solo «una funzione loro riconosciuta dalla legge» [9] e non si porrebbero in contrasto con il Parlamento, bensì alla prevenzione di conflitti futuri.

Anche C. Mezzanotte, nel commentare la sent. n. 10 del 1972 con la quale la Corte aveva «inaugurato» il sindacato in materia di *referendum* abrogativo, escludendo la partecipazione al procedimento di soggetti terzi rispetto a quelli indicati dall'art. 33, manifestava il dubbio che nel giudizio in questione si fosse finito con l'obliterare «l'elemento connaturale alla stessa nozione di contraddittorio: vale a dire il conflitto di interessi fra i legittimati», trasmettendosi, in tal modo, l'immagine di un processo «claudicante» [10].

---

[5] A.M. Sandulli, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 473.

[6] Per la natura giurisdizionale dell'attività cfr., fra gli altri, A. Chiappetti, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 76 ss.; A. Loiodice-A. Brighina, voce *Referendum*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 12 s.; di recente, è stato anche proposto di ricostruire il giudizio di ammissibilità come una sorta di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato implicito o «d'ufficio»: cfr. G.L. Conti, *L'accesso alla giustizia costituzionale nel procedimento referendario come problema*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon-P. Caretti-S. Grassi, Giappichelli, Torino, 2000, p. 390 ss.; individua rilevanti analogie tra la giurisprudenza sui conflitti e quella sui giudizi di ammissibilità del *referendum* anche P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 199 ss.

[7] Per una rassegna delle diverse teorie sulla natura giuridica del giudizio di ammissibilità cfr. G. Cerrina Feroni, *Il contraddittorio nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino, 1998, p. 416 ss.; in tema, v. adesso F. Giuffrè, *La «forma» del contraddittorio dal giudizio di legittimità al sindacato di ammissibilità: la Corte apre ai «comitati del no», ma solo in quanto «amici»*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2000, p. 3017 ss.

[8] C. Carbone, voce *Referendum (diritto costituzionale)*, in *N.mo Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1108 s.

[9] C. Carbone, *op. cit.*, p. 1108.

[10] C. Mezzanotte, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 955.

Il riferimento alla discussa categoria della volontaria giurisdizione [11] sembrerebbe scaturire, in sostanza, dall'esigenza di superare la difficoltà maggiore che s'incontra nei tentativi d'inquadramento teorico di tale competenza, e su cui pure si tornerà più avanti, vale a dire l'eterogeneità degli interessi legittimanti l'accesso al giudizio di ammissibilità.

In senso diametralmente opposto alle ricostruzioni che riconoscono come giurisdizionale l'attività della Corte si collocano le tesi sostenute, in particolare, da P. Virga, il quale attribuisce al procedimento natura amministrativa, dal momento che il controllo svolto dal giudice costituzionale avverrebbe in via automatica, «indipendentemente dalla esistenza di una contestazione o di una lite» [12], e da V. Crisafulli, secondo il quale le istanze d'intervento nel giudizio di ammissibilità di soggetti diversi dai promotori e dal Governo sarebbero sottese da interessi «di mero fatto», che non potrebbero trovare posto nel «giudizio» di ammissibilità, così come interessi analoghi non possono pretendere di ottenere «alcuna protezione giuridica diretta nel corso del procedimento legislativo ordinario svolgentesi in seno al Parlamento (che potrebbe in ogni momento sboccare in leggi, in tutto od in parte, abrogative di quella al cui mantenimento taluni abbiano interesse)» [13].

In senso analogo, G. Zagrebelsky parla di un mero procedimento di «diritto oggettivo», rilevando come nella dinamica del giudizio di ammissibi-

---

[11] Per la nozione di «volontaria giurisdizione» cfr., fra gli altri, E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Cedam, Padova, 1953; Id., voce *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 330 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 1997, p. 27 ss.

[12] P. Virga, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 632.

[13] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 479; un accostamento del procedimento di controllo sul *referendum* a quello legislativo è dato rinvenire anche in una recente pronunzia della suprema giurisdizione amministrativa (Cons. St., sez. IV, sent. n. 333 del 1997), nella quale, secondo un orientamento già affermato da una precedente decisione della Cassazione a sezioni unite (sent. n. 1292 del 1983), si sostiene che «il *referendum* abrogativo costituisce esercizio di funzione legislativa negativa in forma di democrazia diretta. Il relativo procedimento, partecipando della natura della funzione, ha carattere legislativo: ad esso concorrono, con compiti di iniziativa, controllo o espressione della volontà popolare, i richiedenti, l'Ufficio centrale per il *referendum*, la Corte costituzionale, il Consiglio dei Ministri, il Presidente della Repubblica ed il corpo elettorale», sicché «accertata la natura legislativa – e non amministrativa – del procedimento referendario […], è assorbente il fatto che non hanno rilevanza gli interessi privati alla conservazione della legge, ma soltanto l'interesse pubblico alla legittimità ed ammissibilità della richiesta di *referendum* abrogativo ed alla regolarità della consultazione popolare, interesse pubblico in ordine al quale ogni iniziativa ed ogni accertamento sono demandati agli organi predisposti»; per una ricostruzione delle vicende che hanno portato all'adozione della suddetta pronunzia v. R. Pinardi, *L'Ufficio centrale per il* referendum *presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 37 ss.

lità non sia dato ravvisare né azioni né domande giudiziali, sicché a tale competenza risulterebbero estranee «tutte le categorie del diritto processuale generale che hanno a che vedere con questi caratteri della giurisdizione: in particolare i concetti di parte, di interesse processuale, ecc.» [14].

Come si vede, il ventaglio delle opzioni formulate risulta estremamente variegato, anche se gli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sembrerebbero indirizzare l'interprete verso una ricostruzione della competenza in esame secondo caratteri propriamente non giurisdizionali [15].

La sent. n. 31 del 2000 contiene, infatti, una serie di osservazioni descrittive, volte ad evidenziare la natura non contenziosa del procedimento medesimo; quest'ultimo, fa notare la Corte, «si attiva automaticamente e del tutto indipendentemente dall'interesse di soggetti esterni, quale mera conseguenza della comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale»; inoltre, «non esistono domande giudiziali su cui la Corte debba provvedere; la legge riconosce espressamente a delegati, presentatori o Governo il potere di depositare memorie che entrano a far parte degli atti del procedimento» e, infine, «a differenza di quanto disposto nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale, nei quali è ammessa la costituzione di parti, nulla di ciò è previsto nel procedimento di controllo sull'ammissibilità del *referendum* perché il deposito di memorie non fa assumere la posizione di parte» [16].

Di difficile lettura risulta proprio quest'ultima asserzione, dalla quale sarebbe dato desumere che gli stessi promotori ed il Governo non potrebbero definirsi «parti». Al riguardo, già da tempo la dottrina si è interrogata sulla natura dell'intervento in giudizio dei legittimati *ex lege* [17] e la stessa Corte costituzionale, nel precludere sistematicamente la partecipazione al procedimento di soggetti terzi, aveva, in altra occasione, affermato che tale divieto scaturiva dall'impossibilità di considerare questi ultimi come «parti» del giu-

---

[14] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 473.

[15] In tal senso, cfr. A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., p. 386, in nt. 315.

[16] Corte cost., sent. n. 31 del 2000, punto 2 del cons. in dir.

[17] Così V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., p. 479, per il quale non era chiaro, «per il silenzio della legge in argomento e l'assenza altresì di norme integrative della Corte», se il deposito di memorie del Governo e dei promotori equivalesse «a una loro assunzione della qualità di "parti" nel procedimento, così come avviene nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale, per le parti del processo *a quo* e per il Presidente del Consiglio, con il deposito in cancelleria delle rispettive deduzioni […]. Nel qual caso, anche quello sull'ammissibilità del *referendum*» si sarebbe dovuto «definire un processo "senza parti *necessarie*"», con la conseguenza che si sarebbe dovuto consentire anche ad eventuali rappresentanti delle parti costituite la possibilità di discutere oralmente le memorie in Camera di consiglio.

dizio di ammissibilità [18]; il che lasciava intendere, tuttavia, che promotori e Governo fossero gli unici legittimi contraddittori del giudizio stesso.

Se la negazione della presenza di «parti» costituisce, come meglio vedremo più avanti, l'espediente retorico attraverso il quale la Corte ha mutato il proprio indirizzo senza peraltro fornire una sufficiente motivazione a sostegno della soluzione accolta, certamente la stessa ambiguità del termine, sulla quale sembrerebbe aver giocato il giudice costituzionale, non può che suscitare perplessità.

Che la Corte abbia voluto usare la nozione classica di *soggetto che propone la domanda giudiziale o contro il quale la domanda è proposta* [19] appare evidente dalla serie logica delle osservazioni svolte nella sent. n. 31: le notazioni inerenti all'avvio automatico del procedimento e all'assenza di domande giudiziali non possono che portare all'esclusione della presenza di «parti» in senso formale.

D'altro canto, sembrerebbe dato acquisito, in dottrina, che le categorie tradizionali del diritto processuale non si adattino perfettamente alla dinamica dei giudizi costituzionali [20]. Così, presupponendo, nella definizione del concetto di «parte», il legame con una domanda, potrebbe obiettarsi che anche nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale le parti del processo principale non potrebbero essere intese, a rigore, come vere e proprie parti del giudizio costituzionale in tutti quei casi in cui la questione di legittimità venisse sollevata *ex officio* dal giudice *a quo* [21]. Né apparirebbe sufficiente a giustificare il diverso inquadramento delle due ipotesi il solo dato testuale fornito dall'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, che parla espressamente di «costituzione delle parti» e dispone che essa abbia luogo «mediante deposito in cancelleria della procura speciale con la elezione del domicilio in Roma, e delle deduzioni».

Resterebbe, infatti, da spiegare cosa distingua, nella sostanza, le posizioni dei partecipanti ai due giudizi se, in entrambi i casi, il processo sorge indipendentemente dalla loro attivazione.

---

[18] Corte cost., sent. n. 27 del 1981, punto 5 del ritenuto in fatto.

[19] È questa la nota definizione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1936, p. 214.

[20] Cfr., in tal senso, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti (1996-1998)*, cit., p. 53 s.

[21] In realtà, anche nel caso in cui a sollevare la questione di legittimità costituzionale fosse la parte del processo *a quo*, risulterebbe comunque dubbia l'assimilazione dell'istanza da essa manifestata ad una vera e propria domanda giudiziale; sulla natura dell'istanza di parte, cfr., tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 77 ss. e G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 135 ss.

In definitiva, è il riferimento all'assenza di domande giudiziali nel procedimento di controllo del *referendum* ad apparire incongruo, essendo, quella richiamata, una caratteristica propria di tutta la giurisdizione di tipo oggettivo [22].

Anche a prescindere dall'assunzione di discusse classificazioni dogmatiche, la natura «mista» dell'organo di giustizia costituzionale, insieme *giurisdizionale* e *politica*, impedisce di ricondurre fedelmente entro gli schemi tradizionali dell'attività processuale le competenze conferite alla Corte.

Del resto, è opinione largamente condivisa in dottrina che l'accesso automatico e «inevitabile» al giudizio di ammissibilità nell'*iter* del procedimento referendario, instaurato nel 1953 più per fronteggiare situazioni politiche contingenti che per un reale apprezzamento delle esigenze di garanzia del sistema [23], proietti la Corte stessa in un contesto nel quale essa si trova priva di spazi di autonomia sufficienti per salvaguardare la propria credibilità e legittimazione dagli assalti della politica [24].

Più che seguitare ad affrontare la questione della natura giuridica dell'attività sulla base dell'enumerazione dei caratteri formali che astrattamente potrebbero ricondursi nell'alveo della funzione giurisdizionale, tenuto anche conto dell'estrema difficoltà di individuare una definizione unitaria di quest'ultima [25], forse potrebbe risultare più proficuo, anche per un *miglioramento* della stessa giurisdizione costituzionale, prendere atto dell'insopprimibile

---

[22] Scrive F. Tommaseo (*I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 503): «Se è vero che non si può scindere la domanda dal processo in quanto la domanda è il veicolo formale dell'affermazione del diritto, è vero anche che tale inscindibilità sussiste in quanto nel processo si faccia valere, affermandolo, un diritto. L'esistenza di processi in cui manca l'affermazione del diritto soggettivo comporta l'esistenza di processi senza azione e senza domanda»; per la distinzione tra processi a contenuto oggettivo e processi su diritti soggettivi cfr. E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ora in Id., *Problemi di diritto*, Giuffrè, Milano, 1957, I, p. 116 ss.

[23] Si sofferma, da ultimo, sulle ragioni storiche che portarono al riconoscimento di tale competenza al giudice costituzionale G.L. Conti, *op. cit.*, p. 392 ss.

[24] Secondo una felice espressione di L. Elia, ricordata, fra gli altri, da B. Caravita, *Tra crisi e riforme (riflessioni sul sistema costituzionale)*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 106, quello consegnato dal legislatore costituzionale del 1953 alla Corte si sarebbe ben presto rivelato un «dono avvelenato»; nello stesso senso, G. Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*, cit., p. 472) rileva come la competenza in esame abbia rappresentato una «fonte di tensioni e motivo di costante delegittimazione della giustizia costituzionale».

[25] Nella vasta letteratura in tema, cfr. B. Olivi, *Note sul concetto di giurisdizione*, in *Jus*, 1957, p. 48 ss.; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 74 ss.; *L'ordinamento giudiziario*, testi a cura di A. Pizzorusso, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 171 ss.; G. Silvestri, *Giustizia e giudici*, cit., p. 10 ss.

esigenza, per la Corte, di fare uso degli strumenti tipici del processo per affermare la propria legittimazione all'interno del sistema.

Non s'intende disconoscere del tutto la rilevanza prescrittiva che una classificazione del giudizio di ammissibilità del *referendum* potrebbe, di fatto, avere; tuttavia, da un lato, la portata delle implicazioni pratiche della catalogazione andrebbe sensibilmente ridimensionata, dal momento che, come si cercherà di dimostrare, alle stesse conseguenze (o a conseguenze del tutto analoghe) potrebbe comunque pervenirsi partendo da una diversa qualificazione dell'attività svolta dalla Corte; dall'altro, la questione della giurisdizionalità della competenza assumerebbe, invece, un significato davvero formidabile qualora la si collegasse al profilo della legittimazione della giustizia costituzionale.

Sotto questo secondo versante, il perfezionamento delle tecniche processuali, anche nell'ambito qui considerato del giudizio di ammissibilità del *referendum*, risulterebbe una necessaria tendenza di sviluppo per l'organo di chiusura dell'ordinamento, il cui operato, come da tempo è stato rilevato in dottrina, non potrebbe trarre fondamento da una diretta investitura popolare, ponendosi a presidio di un nucleo essenziale di valori *metademocratici* consacrati nella Carta fondamentale [26].

Accanto a tali esigenze di carattere generale, militerebbe per l'accoglimento di una *logica giurisdizionale*, nell'espletamento della competenza in questione, la necessità di tutelare situazioni giuridiche direttamente minacciate dall'esito della consultazione referendaria, le quali non potrebbero trovare difesa in altra sede che non fosse proprio il giudizio di ammissibilità dinanzi alla Corte.

Emblematico risulta il caso deciso con sent. n. 38 del 1997, con la quale si è ammesso il *referendum* sull'«ordinamento della professione di giornalista»: in quell'occasione, infatti, la Corte ha escluso [27] l'intervento in giudizio del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti e dei Consigli regionali del medesimo ordine per il Veneto e per la Lombardia che ne avevano fatto richiesta, limitandosi a richiamare la «costante giurisprudenza» sull'art. 33 della legge n. 352 del 1970.

Tuttavia, la posizione dei richiedenti si presentava ben diversa da quella degli altri soggetti che, in passato, avevano pure manifestato istanze d'intervento in giudizio: il *referendum*, infatti, avrebbe messo in gioco la stessa esi-

---

[26] Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 116 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 14 s.

[27] Con ord. dell'8 gennaio 1997.

stenza degli ordini dei giornalisti e, pertanto, questi ultimi costituivano «i diretti destinatari degli effetti della consultazione popolare» [28]; la lesione del loro diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. appariva evidente quanto irrimediabile.

La variegata casistica giurisprudenziale potrebbe arricchirsi di ulteriori esempi del genere ed è difficile prevedere quale potrebbe essere l'atteggiamento della Corte, ora che l'orientamento volto ad escludere l'accesso al giudizio di soggetti diversi dai legittimati *ex lege* sembrerebbe essere stato definitivamente superato dalle ultime pronunzie del 2000.

3. Proposta di un diverso approccio teorico al problema, in considerazione delle esigenze di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale all'interno del sistema

Le difficoltà d'inquadramento teorico del giudizio di ammissibilità nella cornice della funzione giurisdizionale scaturiscono, da un lato, dall'incerta definizione dello stesso concetto di giurisdizione e, dall'altro, dalle peculiarità proprie che connotano tutti i processi costituzionali, compreso quello sull'ammissibilità dei quesiti referendari.

Quanto al primo punto, nella congerie di teorie e classificazioni che si sono proposte in tema, i dati fondamentali caratterizzanti l'attività giurisdizionale sono stati ravvisati nella presenza di un contraddittorio [29] e nel riconoscimento al giudice del «massimo grado di indipendenza dal potere politico riscontrabile nell'ordinamento» [30].

Quanto a quest'ultimo elemento, è vero che l'imparzialità, intesa quale «necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati» [31], è anche principio informatore dell'attività

---

[28] D.M. Traina, *Superati gli scogli circa l'ammissibilità del* referendum *sull'ordine dei giornalisti*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 339.

[29] «Il "processo" – è stato scritto – è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività»: così E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 827.

[30] Così G. Silvestri, *Giustizia e giudici*, cit., p. 26.

[31] A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1973, p. 120; in tema, sempre attuali risultano le osservazioni di U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, del quale cfr. ora *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss.

amministrativa e, tuttavia, la posizione di indipendenza e terzietà del giudice assume un'importanza fondamentale nella connotazione della sua attività, ponendosi, in definitiva, quale necessaria condizione di legittimazione dell'organo nel sistema [32].

È stato rilevato, al riguardo, che «sia la legislazione che l'amministrazione muovono i propri passi entro il circuito elettorale di responsabilità politica […], mentre la giurisdizione, posta sotto il mitico ombrello della sua neutralizzazione politica, si trova nell'ambigua posizione di potere *necessariamente* innovativo, che non può trovare però, come gli altri poteri, conforto e rilegittimazione continua dal consenso popolare alle sue scelte né può essere sanzionata dal dissenso dei cittadini verso i suoi comportamenti» [33].

---

[32] Per quanto riguarda i canali di legittimazione dell'apparato amministrativo, risulta utile ricordare la ricostruzione proposta da M. NIGRO (*La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 163 ss.), che distingueva nel disegno costituzionale un modello di amministrazione come «apparato servente» del Governo, indicato dalle previsioni dell'art. 95 Cost. e traente la propria legittimazione dalla capacità di attuare e trasmettere gli indirizzi politici, da un modello di amministrazione come «complesso autocefalo», configurato negli artt. 97 e 98 Cost., in grado di legittimarsi soltanto nell'imparzialità e nell'efficienza del proprio operato, da un terzo modello di amministrazione c.d. «autonomistica e comunitaria», espresso dalle norme del titolo V della Carta fondamentale. In tal senso, è stato ancora rilevato che l'idea di «ergere a modello costituzionale una fra le principali opzioni disponibili (per formule sintetiche: l'amministrazione al servizio della politica, l'amministrazione al servizio della collettività, l'amministrazione al servizio della legge) e derivare, da tale modello, una disciplina armonica e dall'unitaria ispirazione» incontra «un'aporia fondamentale», ponendosi «in contraddizione con la natura essenzialmente e inequivocabilmente pluralista degli ordinamenti contemporanei»: così L. TORCHIA, *L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 469. Un'ulteriore precisazione risulta utile, infine, in riferimento alla legittimazione dell'apparato giudiziario: è noto, infatti, che in altri sistemi giuridici sono previsti meccanismi di designazione elettiva dei magistrati e, tuttavia, anche in questi casi, l'elezione stessa non è idonea ad instaurare alcun rapporto di rappresentanza politica tra gli «elettori» e i giudici, i quali devono comunque svolgere le proprie funzioni in regime di sostanziale *indipendenza*.

[33] Così G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 57. In occasione del dibattito sulla natura e le funzioni delle autorità amministrative indipendenti è stato rilevato che il «principio dell'imparzialità», pur presentando «una rilevanza generale per l'azione amministrativa» e non implicando «un riferimento esclusivo a quella particolare attività che è l'attività contenziosa […] ha, tuttavia, un valore del tutto peculiare per la funzione di soluzione dei conflitti, proprio dell'attività contenziosa, dal momento che impone all'organizzazione amministrativa una regola tipica di tale funzione, e cioè l'imparzialità»: così A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in AA.VV., *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE-C. FRANCHINI, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 130; in tale prospettiva, «l'esercizio di attività amministrativa in forma contenziosa da parte di autorità indipendenti appare, pertanto, come uno sviluppo coerente dei principi enunciati dall'art. 97 Cost. e segna il prevalere del modello organizzativo suggerito da tale norma rispetto a quello desumibile dall'art. 95, basato sulla regola dell'indipendenza dell'amministrazione dal Governo» (*ivi*, p. 131). Tale dottrina giunge alla conclu-

Se questo vale per i giudici comuni, a maggior ragione è regola per il supremo garante giuridico della legalità costituzionale, che, come si è detto, non può e non deve trarre da canali elettorali la fonte della propria legittimazione; quest'ultima, al contrario, non potrà che acquisire linfa vitale dalla quotidiana conferma che l'organo saprà dare alla comunità dei cittadini della propria equidistanza dagli attori politico-istituzionali.

In tal senso, è stato sostenuto che nel giudizio sulle leggi (ma il discorso può estendersi anche alle altre competenze svolte dalla Corte, vista la comunanza di presupposti) «la garanzia del contraddittorio, oltre ad assolvere la funzione di assicurare le situazioni soggettive in esso coinvolte, potrebbe valere […], quale elemento obiettivamente caratterizzante il giudizio medesimo, ad assicurare l'autonoma posizione della Corte costituzionale nella trama dei rapporti con gli altri organi di vertice dello Stato» [34].

Se l'*imparzialità* dell'organo, intesa come sostanziale estraneità del giudice dall'oggetto trattato, oltre che come indipendenza gerarchico-organizzativa, è condizione essenziale di legittimazione del suo operato, l'adozione del principio del contraddittorio e di tutti gli altri strumenti tipici della tecnica giurisdizionale risulta indispensabile garanzia della stessa posizione di terzietà della Corte.

D'altro canto, occorre anche prendere atto che la terzietà dell'organo giudicante può essere messa in discussione da ipotesi estreme, come quella in cui la Corte si trovi a svolgere il duplice ruolo di giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato [35], o anche in tutti quei casi in cui, nell'ambito di giudizi sulle leggi, essa definisca da sola il *thema decidendum*, sollevando autonomamente questione di legittimità costituzionale.

---

sione che proprio l'indipendenza delle suddette autorità amministrative costituisce il presupposto che permetterebbe loro di produrre un «effetto deflattivo» rispetto alla stessa giurisdizione (*ivi*, p. 131 s.); dal che potrebbe desumersi un'ulteriore conferma del valore legittimante che l'indipendenza dell'organo assume per l'esercizio della funzione giurisdizionale, tanto che quando tale carattere viene di fatto attribuito ad organi formalmente estranei all'apparato giudiziario, a questi ultimi viene comunque riconosciuto un ruolo fungibile rispetto a quello delle autorità giurisdizionali.

[34] V. Angiolini, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Il contraddittorio*, cit., p. 13.

[35] Ipotesi prospettata, fra gli altri, da A. Ruggeri, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato» … solo a metà*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 647 ss. e G. Pitruzzella, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche*, cit., p. 583 ss.; ammettono la possibilità che la Corte sia anche parte passiva in un conflitto interorganico R. Romboli, *È ammissibile un conflitto contro la Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, I, 1998, c. 1364 s. e L. Pesole, *A proposito della legittimazione passiva della Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2521 ss.

In realtà, in una visione *dinamica* dei processi dinanzi alla Corte, l'imparzialità è una meta tendenziale verso la quale il perfezionamento delle tecniche giurisdizionali dovrebbe orientarsi, in primo luogo, attraverso la costruzione di un contraddittorio democraticamente allargato [36] e la produzione di decisioni doppiamente coerenti [37], nella loro struttura interna e rispetto ai precedenti indirizzi giurisprudenziali [38].

Esigenze del tutto analoghe, alle quali è possibile rispondere in modo adeguato solo con l'adozione di strumenti propriamente processuali, sono ravvisabili anche nel contesto del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo.

---

[36] Per le proposte di *democratizzazione* del contraddittorio nei giudizi costituzionali incidentali cfr. soprattutto L. D'ANDREA, *Verso una «democratizzazione» del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 552 ss.; ID., *L'intervento dei terzi interessati e la tutela di interessi pubblici, collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in AA.VV., *Il contraddittorio*, cit., p. 87 ss.

[37] Sull'esigenza di rispettare, nella produzione giurisprudenziale, un principio di «doppia coerenza» interna ed esterna, cfr. A. RUGGERI, *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino, 1994, p. 23 ss.

[38] Secondo una ricostruzione proposta di recente, la struttura dei giudizi di costituzionalità sarebbe costituita da una serie di elementi destinati «ad appoggiarsi l'uno all'altro», in un procedimento «circolare», «necessario tanto per la […] specifica, compiuta definizione» degli elementi stessi, «quanto per la complessiva caratterizzazione del processo»: così A. RUGGERI, *In tema di contraddittorio e processo costituzionale, ovvero del «pluralismo» nei giudizi sulle leggi quale condizione della «costituzionalità» del processo*, in AA.VV., *Il contraddittorio*, cit., p. 557. In questo rapporto di virtuosa integrazione tra le componenti del giudizio, il dato più significativo del processo costituzionale sarebbe costituito dalla «irreversibilità degli effetti delle pronunzie di costituzionalità, unitamente al loro carattere *obiettivo* ed *universale*, risultante dal "sistema" degli artt. 134, 136 e 137 u.c., Cost.»: *ivi*, p. 559 (le basi teoriche di questa ricostruzione sono già in *Storia di un «falso». L'efficacia* inter partes *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 77 ss.). Secondo tale dottrina, a differenza delle determinazioni della politica, fisiologicamente suscettibili di continue revisioni, le decisioni del giudice delle leggi, proprio perché fissano i «punti di "non ritorno" del processo di inveramento giuridico dei valori costituzionali», si presenterebbero come definitive e la stessa «irreversibilità degli effetti» delle suddette decisioni sarebbe «figlia della giurisdizionalità dell'attività che li produce»: così A. RUGGERI, *In tema di contraddittorio*, cit., p. 559. A prescindere dalla complessa problematica inerente agli effetti delle sentenze conclusive dei giudizi di costituzionalità, appare utile rilevare che, anche nella diversa prospettiva teorica riportata, risulta confermata la natura intimamente e necessariamente giurisdizionale dell'attività svolta dalla Corte costituzionale.

4. *Segue*. Conseguenze della classificazione dell'attività sul piano del diritto positivo

Sul versante delle implicazioni pratiche della catalogazione, i termini della discussione, come si è detto, andrebbero ridimensionati [39].

Tre conseguenze si fanno ordinariamente discendere dal riconoscimento di una natura materialmente giurisdizionale al giudizio di ammissibilità del *referendum*: in primo luogo, l'incostituzionalità della previsione, contenuta nell'art. 33, primo comma, legge n. 352 del 1970, dello svolgimento in camera di consiglio dell'intero procedimento [40], in considerazione del fatto che la Corte ha riconosciuto che la pubblicità del processo e del dibattimento deve ritenersi implicita nei princìpi costituzionali che regolano l'esercizio della giurisdizione [41]; inoltre, la possibilità che, in tal modo, verrebbe a riconoscersi, di sollevare, nel corso del giudizio di ammissibilità, questioni di legittimità costituzionale e, infine, l'inquadramento del problema relativo alla partecipazione di soggetti terzi al procedimento medesimo in una prospettiva propriamente processuale.

Quanto al primo punto, la Corte si è mantenuta coerente con se stessa nel negare, con ordinanza presidenziale del 9 gennaio 1995 (così come aveva già fatto nel 1991 [42]), la facoltà di assistere alla deliberazione sui *referendum* in camera di consiglio ad alcuni giornalisti che ne avevano fatto richiesta, in quanto risultava necessario rispettare il disposto letterale dell'art. 33 della legge n. 352, che nel riferimento alla camera di consiglio sembrava proprio negare ogni forma di pubblicità.

La sent. n. 31 del 2000, che, come si è visto, sembrerebbe voler escludere il modello «giurisdizionale» dalla caratterizzazione del procedimento in

---

[39] Ritiene di «scarsa utilità» il dibattito sulla natura del gudizio di ammissibilità A. Pizzorusso, *Art. 137*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma, 1981, p. 508, in nt. 2.

[40] Cfr. A. Cariola, *Il contraddittorio nel giudizio costituzionale di ammissibilità del referendum*, in *Foro it.*, V, 1997, c. 324 s.; A. Pertici, *op. cit.*, p. 470.

[41] Cfr. sent. n. 50 del 1989, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 101 Cost., dell'art. 39, primo comma, d.P.R. n. 636 del 1972, nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 128 c.p.c. al processo tributario, non consente la pubblicità delle udienze davanti alle commissioni tributarie.

[42] Si fa riferimento all'ordinanza presidenziale del 16 gennaio 1991, con la quale si era negata un'analoga richiesta di ammissione, sulla base delle stesse ragioni ostative: sul punto cfr. E. Malfatti, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 1996, p. 463.

parola, dovrebbe fugare i dubbi di costituzionalità della norma; e, tuttavia, anche qualora si provasse ad accogliere una ricostruzione del giudizio di ammissibilità diversa da quella che individua nella competenza in questione un'attività di natura giurisdizionale, il carattere di «segretezza» delle deliberazioni in materia referendaria risulterebbe comunque inaccettabile.

Da un lato, infatti, l'assimilazione del giudizio ad un procedimento di controllo di natura amministrativa determinerebbe l'estensione a tale contesto di quei princìpi di trasparenza e partecipazione che già da tempo sono stati recepiti dal nostro ordinamento, a partire dalla legge n. 241 del 1990, princìpi coi quali la regola dello svolgimento in camera di consiglio dell'intero procedimento dinanzi alla Corte probabilmente non risulterebbe del tutto coerente.

Un quadro non meno disarmonico apparirebbe, dall'altro lato, qualora ci si muovesse nella prospettiva, poc'anzi ricordata, di chi, accostando il procedimento referendario a quello di formazione delle leggi, giunge ad estendere la logica e le regole di quest'ultimo allo stesso giudizio di ammissibilità del *referendum*[43]. Tralasciando, per il momento, le riserve che pure a tale assimilazione potrebbero essere sollevate, sulle quali subito si tornerà, qui è dato rilevare che la stessa segretezza delle decisioni assunte in camera di consiglio risulta espressione di un indirizzo ben lontano dalle esigenze che sottendono le previsioni contenute nei regolamenti parlamentari in riferimento ai meccanismi di informazione sui lavori preparatori dei testi legislativi[44].

In definitiva, ciò che s'intende evidenziare è che, a prescindere dalla natura del giudizio di ammissibilità, la regola posta dall'art. 33, primo comma, legge n. 352, mal si adatta ai caratteri propri di un moderno ordinamento democratico partecipativo, mostrandosi in netto contrasto con la «trasparenza»[45] del potere costituito dall'insieme delle cinquecentomila firme raccolte dai comitati promotori del *referendum* o dalla comune decisione dei cinque consigli regionali. Auspicabile risulterebbe, dunque, una revisione della disciplina o, in mancanza, un suo superamento da parte della stessa Corte in via interpretativa[46].

---

[43] È la tesi patrocinata, come si è visto, da V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., II, p. 479, e accolta dal Cons. St., sez. IV, n. 333 del 1997 e, ancora prima, dalla Cass. sez. unite con sent. n. 1292 del 1983.

[44] In tal senso, a norma dell'art. 63 R.C., le sedute dell'Assemblea sono pubbliche e tale pubblicità, prevista nella forma della trasmissione televisiva diretta, viene disposta dal Presidente della Camera; è altresì prevista la stesura di un resoconto sommario e di uno stenografico dei lavori, mentre la riunione in seduta segreta è deliberata dall'Assemblea, su richiesta del Governo, del Presidente di un gruppo o di dieci deputati.

[45] G.L. Conti, *op. cit*., p. 398.

[46] Impraticabile è, invece, la via di una dichiarazione d'illegittimità della norma, per violazione del principio democratico *ex* art. 1 Cost., data la difficoltà sostanziale della Corte a pronunziarsi sulle regole processuali relative alle proprie competenze.

Per quanto concerne, invece, la possibilità di promuovere, nel corso del procedimento, questioni di legittimità costituzionale, un'occasione nella quale tale ipotesi si sarebbe potuta concretizzare si è avuta nel giudizio deciso con sent. n. 17 del 1997; in questo caso, i delegati regionali avevano prospettato alla Corte l'idea di sollevare di fronte a se stessa questione relativa all'art. 37 della legge n. 352, nella parte in cui prevede la facoltà del Presidente della Repubblica di differire *soltanto* per un periodo non superiore a sessanta giorni l'effetto abrogativo del *referendum*. La Corte, tuttavia, in quella circostanza, non ha nemmeno affrontato in astratto il problema dell'azionabilità del giudizio in via d'eccezione, evitando di esprimersi sul punto [47].

Non è questa la sede per approfondire il tema degli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso al giudizio incidentale; qui può solo ricordarsi che il presupposto della natura giurisdizionale del procedimento *a quo*, inteso come «decisorietà» del provvedimento conclusivo, è considerato dalla Corte come condizione necessaria, a norma dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, per l'instaurazione del processo costituzionale e che, tuttavia, l'esame della giurisprudenza più recente mostra una tendenza a rimarcare i caratteri dell'*obiettività* e, soprattutto, della «definitività dell'attività applicativa da parte del remittente» [48]; il che permetterebbe, da un lato, il pieno dispiegarsi del *principio di costituzionalità*, consentendo al giudice delle leggi di intervenire in tutti quei casi in cui l'applicazione dell'atto normativo risulti insuscettibile di ulteriori controlli, e, dall'altro, per questa via, fornirebbe una chiave di lettura utile per «razionalizzare» gli indirizzi giurisprudenziali in materia, fino a ricomprendere il caso più «scomodo» della Corte dei conti, riconosciuta giudice *a quo* anche in sede di controllo preventivo sugli atti del Governo (sentt. nn. 226 del 1976; 384 del 1991; 295-310 del 1998 [49]).

L'esercizio del controllo sull'ammissibilità del *referendum* potrebbe rappresentare, dunque, un'ulteriore ipotesi di applicazione definitiva della legge, in occasione della quale sarebbe lecito sollevare, in via d'eccezione, questione di legittimità costituzionale, indipendentemente dalla stessa qualificazione del procedimento secondo caratteri rigorosamente giurisdizionali [50].

---

[47] Cfr. A. Pertici, *op. cit.*, p. 470.

[48] P. Bianchi-E. Malfatti, *L'accesso in via incidentale*, in AA.VV., *Prospettive di accesso*, cit., p. 23.

[49] Sul punto cfr. anche A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., p. 241, in nt. 14.

[50] Può risultare interessante, ai fini del nostro esame, ricordare che la Corte ha ammesso la promuovibilità del giudizio incidentale anche nell'ambito di procedimenti di volontaria giurisdizione (sentt. nn. 5-129 del 1957); si tratterebbe di precedenti utili allorché si decidesse di consentire la promozione di questioni di legittimità costituzionale nel corso del giudizio di

Per quanto riguarda, infine, il terzo e ultimo profilo indicato, relativo alla partecipazione di soggetti terzi al giudizio, la classificazione della competenza riveste minore importanza di quanto a prima vista sembrerebbe; e ciò risulta ancor più evidente dopo l'apertura operata dalla sent. n. 31 del 2000.

Innanzitutto, occorre fare alcune premesse per chiarire i termini della questione.

Si è più volte richiamato l'accostamento svolto da certa dottrina e seguito da parte della magistratura ordinaria di legittimità e da quella amministrativa tra procedimento di formazione delle leggi e controllo di ammissibilità del *referendum*. Ebbene, lo stesso presupposto di base del ragionamento, vale a dire l'equiparazione dei procedimenti volti alla produzione della fonte referendaria e di quella legislativa [51], è stato messo in discussione da quelle ricostruzioni che in dottrina hanno escluso che lo strumento di democrazia diretta potesse esaurirsi semplicemente in una forma di legislazione negativa [52]; ma

---

ammissibilità, accogliendo la ricostruzione secondo la quale l'esercizio di tale competenza rientrerebbe proprio nella categoria della volontaria giurisdizione.

[51] Riconoscono pari efficacia nel sistema delle fonti alla legge ordinaria e alla fonte referendaria, fra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 286; M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 56 s.; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 102; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 269 ss., il quale, tuttavia, non manca di rilevare che «i referendum non si prestano a essere compiutamente inseriti fra gli atti normativi equiparati alla legge statale ordinaria, sia perché non dispongono delle medesime attitudini abrogative, sia perché la loro forza passiva è probabilmente peculiare» (p. 273). Per una diversa ricostruzione, invece, il *referendum* dispone di una «forza normativa variabile», normalmente pariordinata a quella delle leggi comuni, ma talora inferiore rispetto a quella propria di alcune di esse (le leggi inattaccabili per via referendaria *ex* art. 75, secondo comma, Cost. e le altre individuate dalla giurisprudenza costituzionale) e, talora, anche superiore (nel caso di *referendum* su legge costituzionale, possibilità che tale dottrina reputa astrattamente ammissibile); sarebbe dunque l'oggetto a definire, di volta in volta, la posizione del *referendum* nella gerarchia delle fonti del diritto: cfr. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I. *L'ordinazione in sistema*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 209 ss.; ID., *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 102 ss.

[52] Ricorda, da ultimo, le diverse funzioni che sono state riconosciute al *referendum* M. LUCIANI, Referendum *abrogativo e rappresentanza politica*, in AA.VV., *Referendum e legalità. «Tornare alla Costituzione»*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 63: «Si è proposto di vedere nel referendum – scrive l'Autore – almeno, un: a) rimedio all'arbitrio della maggioranza; b) controlimite al principio proporzionalistico; c) rimedio alla partitocrazia; d) strumento per far valere la responsabilità politica di Parlamenti e Governi; e) strumento di verifica (della consentaneità fra rappresentanti) e controllo della corrispondenza fra le scelte del corpo elettorale e loro traduzione-attuazione legislativa; f) strumento di educazione politica del popolo; g) elemento dinamicizzante delle forme di governo fondate sulla rappresentanza». Sull'inadeguatezza del *referendum* abrogativo a svolgere, invece, una funzione di tutela delle minoranze parlamentari cfr. adesso le osservazioni di A. SAITTA, *Contributo allo studio dello Statuto costituzionale delle opposizioni e delle minoranze parlamentari*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2000, p. 207 ss.

anche tralasciando tale questione tutt'altro che pacifica, non convince l'idea che il giudizio di ammissibilità assuma, per una sorta di «processo osmotico», la medesima natura del procedimento referendario, nel quale si inserisce come fase autonoma e necessaria. Come ancora di recente è stato notato, rientra nella prospettiva di una moderna lettura del principio di separazione dei poteri «l'ipotesi di interventi posti in essere da organi appartenenti ad altri poteri, per l'espletamento di funzioni riconducibili a logiche diverse (od addirittura contrapposte) rispetto a quella che presiede all'adozione dell'atto principale» [53].

Se la dottrina ha riconosciuto natura propriamente giurisdizionale al giudizio di costituzionalità in via principale sulle delibere legislative regionali, così come definito nell'originaria formulazione dell'art. 127 Cost. [54], pur inserendosi tale forma di controllo all'interno di un procedimento di formazione di atti normativi, non si vede perché invece al giudizio di ammissibilità del *referendum* non possa attribuirsi natura diversa da quella dello stesso procedimento referendario [55].

La tesi richiamata non convince anche per altre considerazioni di ordine generale, suscitate dall'esame dell'attuale panorama istituzionale.

In primo luogo, il fenomeno di tendenziale «processualizzazione» del pro-

---

[53] R. Pinardi, *op. cit.*, p. 39 s.; sul principio della separazione dei poteri v., part., G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Giuffrè, Milano, 1979 e II, Milano, 1984.

[54] Com'è noto, la recente riforma del titolo V della Costituzione prevede, fra le altre cose, la trasformazione del giudizio sulle leggi regionali promosso dal Governo da preventivo in successivo. Risulta utile, in ogni caso, ai fini del nostro discorso, il riferimento all'istituto del ricorso preventivo del Governo sulle delibere legislative regionali, così come previsto dal testo costituzionale del '48, a dimostrazione dell'assunto che la natura dei singoli procedimenti pubblici non si estende necessariamente a tutte le attività che si innestino nella dinamica dei procedimenti medesimi. Le differenze tra il «vecchio» giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso dal Governo e il giudizio di ammissibilità del *referendum* sono comunque evidenti e non marginali: mentre il primo si inseriva, in via solo eventuale, nella fase integrativa dell'efficacia del procedimento di formazione delle leggi regionali, il secondo si colloca come tappa autonoma e necessaria del procedimento referendario; diversi sono anche gli effetti e le funzioni, dal momento che il giudizio in via principale, così come originariamente strutturato, condizionava la stessa entrata in vigore dell'atto legislativo regionale, mentre il giudizio di ammissibilità serve all'unico scopo di permettere lo svolgimento della consultazione referendaria.

[55] L'esempio è ripreso anche da R. Pinardi, *op. cit.*, p. 40, in nt. 103, il quale ricorda altri casi significativi di attività che, pur collocandosi all'interno di determinati procedimenti, non condividono la natura giuridica di questi ultimi: la promulgazione delle leggi e il rinvio presidenziale delle medesime, ad esempio, il cui carattere legislativo è negato da buona parte della dottrina, o gli interventi, nell'*iter* di approvazione dei regolamenti governativi, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, considerati rispettivamente come forme di attività consultiva e di controllo, nonostante si inseriscano nell'ambito di un procedimento normativo.

cedimento legislativo, riscontrabile già da tempo nel nostro ordinamento e sul quale pure si tornerà più avanti, rivela una sostanziale inclinazione alla valorizzazione del «fatto» e all'apprezzamento degli interessi concretamente incisi dall'atto normativo finale; ma, a dire il vero, lo stesso procedimento di formazione del *referendum* nelle sue diverse fasi mostra orientamenti analoghi. Del resto, problemi di ampliamento del contraddittorio si pongono anche nel giudizio relativo alla legittimità dei quesiti referendari dinanzi all'Ufficio centrale, per il quale si è anche proposto l'accoglimento di una soluzione simile a quella adottata dalla Corte con la sent. n. 31 del 2000 per il giudizio di ammissibilità [56].

In secondo luogo, occorre comunque tenere distinti il piano del procedimento formativo della fonte, nel quale trovano espressione valutazioni e bilanciamenti di natura squisitamente *politica*, da quello del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, nell'ambito del quale, invece, la stessa valenza politica della materia oggetto del sindacato deve essere necessariamente contenuta entro schemi e parametri rigorosamente *giuridici*. Al contrario, l'integrale sovrapposizione dei criteri valutativi propri del legislatore e del giudice costituzionale apparirebbe inconciliabile con le esigenze di tipizzazione dei ruoli istituzionali proprie di un moderno sistema democratico [57].

Come ancora di recente è stato notato, «quale che sia il valore attribuito nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale alle regole processuali, in ogni caso deve rilevarsi una difformità, uno iato, tra i modi di operare, i criteri posti a base delle decisioni, le tecniche argomentative utilizzabili, da parte del "politico" da un lato, del 'giuridico' dall'altro (*recte*: del "giudice" costituzionale)» [58].

Per quanto riguarda le altre ricostruzioni sulla natura del giudizio di ammissibilità, esse possono ricondursi, in definitiva, a due sole.

Nessuna utilità presenterebbe, in primo luogo, il riferimento alla volontaria giurisdizione, qualora si decidesse di accogliere la tesi secondo la quale tale categoria costituisce un *tertium genus*, a metà strada tra la giurisdizione e

---

[56] R. Pinardi, *op. cit.*, p. 168 ss.

[57] Si sofferma, in particolare, sulla diversa natura dei ragionamenti (o delle motivazioni) che giustificano le decisioni del legislatore e delle Corti costituzionali A. Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come «tecniche» di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni*, cit., p. 360 ss.; sulla rilevanza della motivazione degli atti costituzionali cfr. L. Ventura, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Giappichelli, Torino, 1995 e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996.

[58] Cfr. G. Azzariti, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del giudice costituzionale come giudice)*, in *Foro it.*, n. 2, 2000, V, c. 35.

l'amministrazione [59], dal momento che nel contesto del giudizio di ammissibilità si pretende di trarre dalla classificazione stessa implicazioni prescrittive e, in tal modo, non troverebbe soluzione alcuna il problema dell'effettiva azionabilità dell'art. 24 Cost. al fine di rendere possibile la partecipazione al giudizio di soggetti ritenuti diretti destinatari degli esiti del *referendum*. Se, invece, si optasse per una delle altre due tesi sostenute a riguardo, la maggioritaria [60], che fa rientrare la volontaria giurisdizione nell'ambito dell'attività amministrativa, o la minoritaria [61], che la qualifica come una specie peculiare di giurisdizione non contenziosa, si ricadrebbe, evidentemente, in una delle altre soluzioni proposte in merito, che vedono nel giudizio di ammissibilità, rispettivamente, esercizio di attività amministrativa o giurisdizionale.

La tesi che opta per la natura amministrativa, d'altro canto, non riuscirebbe a condurre, per quel che riguarda il profilo dell'ampiezza del contraddittorio, a conseguenze sostanzialmente difformi da quelle cui si perverrebbe partendo dalla qualificazione della competenza in esame come esercizio di attività giurisdizionale. Come subito si vedrà, infatti, con la legge 7 agosto 1990 n. 241, si è dato avvio ad una complessiva «processualizzazione» dei procedimenti amministrativi, mediante l'adozione di forme e garanzie proprie dell'attività giurisdizionale.

Il fenomeno potrebbe essere inquadrato nel più ampio panorama della dinamica evolutiva delle attività pubbliche, nella cui procedimentalizzazione si è riscontrato già da tempo «un principio tendenziale dell'esperienza giuridica contemporanea» [62].

---

[59] Così E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, cit., p. 36 ss.; Id., voce *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, cit., p. 330 ss.; da ricordare, peraltro, che è stato pure autorevolmente proposto di inquadrare nella categoria della giurisdizione volontaria la stessa tutela giurisdizionale delle libertà costituzionalmente riconosciute, a riprova della difficoltà di ricondurre alle categorie processuali classiche un'attività di giudizio, come quella svolta dalla Corte, in cui risulta assente, il più delle volte, un reale conflitto di interessi tra privati: in tal senso, M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, p. 112 ss.; Id., *Pronunce di rigetto del processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, p. 144 ss.

[60] Cfr., fra gli altri, G. Chiovenda, *Istituzioni*, II, cit., p. 315; P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1942, p. 74; E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 1952, p. 31 e III, Milano, 1957, p. 348; P. Pajardi, *la giurisdizione volontaria*, Milano, 1963, p. 19; M.T. Zanzucchi, *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1964, p. 47; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., p. 28 s.

[61] In tal senso, fra gli altri, v. G.A. Micheli, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, p. 526; F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 62; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Cedam, Padova 1959, I, p. 21; Id., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1967, p. 652 ss.

[62] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 534.

Tale tendenza è stata letta, ancora di recente, come espressiva di un'esigenza fondamentale dell'ordinamento democratico costituzionale: quella di assicurare una fedele valutazione degli interessi presenti nella «sfera del fatto» e di garantire un adeguato soddisfacimento dei medesimi nell'esercizio delle pubbliche funzioni [63].

In tal senso, l'estensione di forme e garanzie processuali verso ambiti tradizionalmente estranei alla giurisdizione stessa può essere intesa come un'ulteriore fase di sviluppo di tale percorso.

Le considerazioni che subito seguiranno sono volte a dimostrare che la «fuga dal processo» che, nella definizione del giudizio di ammissibilità del *referendum*, la Corte sembrerebbe aver tentato nelle ultime sentenze in materia, non può che scontrarsi, paradossalmente, con il «muro» rappresentato dalla stessa generale tendenza dei procedimenti pubblici ad evolversi in senso processuale.

5. Alcune osservazioni sistematiche sui fenomeni di «processualizzazione» dell'attività amministrativa

Le tendenze da ultimo richiamate muovono soprattutto dall'esigenza di dare risposta alle istanze di partecipazione manifestate da soggetti portatori di interessi presenti nella comunità statale ai procedimenti formativi di atti pubblici direttamente incidenti sugli interessi medesimi.

In ambito amministrativo, l'emanazione della legge n. 241 del 1990, com'è noto, giunge al culmine di un vivace e articolato dibattito sulla conformazione del rapporto tra la dimensione del procedimento e quella del processo, legame che, come nel 1980 faceva notare Nigro, è astrattamente definibile secondo tre possibili modelli: «di separazione», «dell'alternatività» e «dell'integrazione» [64].

Il primo, accolto dalla concezione classica della scienza del diritto amministrativo, configura una sostanziale indifferenza tra «i due settori del territorio dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione», ognuno dei quali «ordinato con proprie regole» e «in funzione di specifici scopi» [65].

---

[63] Cfr. L. D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2000, p. 102 ss.

[64] M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss.

[65] M. Nigro, *op. ult. cit.*, p. 254.

Nella prospettiva del secondo modello, quello c.d. «dell'alternatività», pur nella permanente separazione dei due ambiti, il procedimento amministrativo passa «dal mondo dell'atto al mondo della giustizia», acquistando «una struttura paragiurisdizionale e una funzione giustiziale» [66]. Si tratta di un'esperienza originaria dei sistemi austriaco e statunitense, che, tuttavia, non ha mancato di influenzare paesi come la Germania e l'Italia, orientandoli verso una progressiva «processualizzazione» dell'attività amministrativa, con il «definitivo superamento della concezione rigorosamente separatista dei rapporti fra procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale» [67].

Rilevava ancora Nigro che il problema di una legge generale sul procedimento si sarebbe presentato unitamente alla richiesta di «processualizzazione» dello stesso: «Teoricamente – spiegava l'Autore –, una legge generale del procedimento sarebbe infatti, concepibile anche indipendentemente da questo obiettivo, da questo tipo di struttura. Ma, storicamente, almeno in Germania e da noi, il problema […] si è posto esclusivamente in relazione alla aspirazione di assicurare una più efficace protezione del privato e di diffondere il metodo della partecipazione: l'una e l'altra, forme di rinnovamento dell'amministrazione e di collegamento di essa al fine di soddisfazione della legalità e della giustizia» [68].

La logica dell'alternatività, tuttavia, proprio in quanto tendente a porre una scelta secca tra un efficiente sistema giurisdizionale e «una disciplina del procedimento che consenta a questo di concorrere alla realizzazione dei valori di giustizia» non può apparire soddisfacente, essendo, entrambe le esigenze indicate, insopprimibili nell'ordinamento costituzionale; quest'ultimo, invece, sembrerebbe preferire un modello caratterizzato non dalla separazione, bensì «dalla "associazione" e quindi dalla "complementarietà" e dalla "integrazione" dei due sistemi» [69].

Quale che sia comunque la prospettiva accolta dalla legge n. 241, parte della dottrina ha ravvisato nelle norme relative alla partecipazione al procedimento contenute nel Capo III (artt. 7-13) segni di una marcata «giurisdizionalizzazione» dell'attività amministrativa [70].

---

[66] *Ivi*, p. 257.

[67] *Ivi*, p. 261 s.

[68] *Ivi*, p. 262.

[69] *Ivi*, p. 263 s.

[70] Fra gli altri cfr. L. Migliorini, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Esi, Napoli, 1991, p. 88 s.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Esi, Napoli, 1996, p. 248 ss.

In primo luogo, la previsione posta nell'art. 9, secondo la quale «qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento», sembrerebbe voler realizzare un contraddittorio caratterizzato da una «stretta familiarità con le forme […] previste in sede processuale o per i procedimenti a contenuto giustiziale»[71]: la condizione per il riconoscimento del diritto di intervenire è, infatti, costituita dalla *pregiudizialità* degli effetti del provvedimento finale nei confronti degli interessi dei soggetti legittimati, con evidenti punti di contatto con il presupposto dell'interesse ad agire o a ricorrere rilevante in sede giurisdizionale[72].

In secondo luogo, nella stessa logica si colloca la disposizione contenuta nell'art. 8, quarto comma, legge n. 241, che riconosce soltanto al «soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista» la possibilità di far valere eventuali violazioni dell'obbligo, attribuito all'amministrazione dal primo comma dello stesso articolo, di dare comunicazione dell'avvio del procedimento[73].

Anche quella dottrina che non ha accolto pacificamente l'idea di un'integrale assimilazione del contraddittorio giudiziale alla partecipazione prevista nei procedimenti amministrativi, dopo la legge del 1990, ritiene comunque che il contraddittorio stesso sia «una delle forme verso le quali si può attuare la partecipazione al procedimento», pur non esaurendo la categoria[74].

Se proviamo a trarre alcune prime conclusioni dalle osservazioni esposte, notiamo che la qualificazione del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo nei termini di un'attività di controllo di natura amministrativa non appare idonea a risolvere in senso diametralmente opposto alla logica processuale il problema della partecipazione di soggetti terzi al procedimento.

L'assimilazione tendenziale dei presupposti per l'accesso ai processi giurisdizionali e ai procedimenti amministrativi, nel comune riferimento alla *pregiudizialità* dell'atto finale nei confronti dei soggetti legittimati ad intervenire, rende inutile la negazione della giurisdizionalità della competenza riconosciuta alla Corte[75].

---

[71] F. Figorilli, *op. cit.*, p. 249.

[72] *Ivi*, p. 249 s.

[73] *Ivi*, p. 250.

[74] In questi termini G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 18, il quale richiama le elaborazioni dottrinali sulla distinzione tra «partecipazione in funzione di garanzia» e «partecipazione in funzione di collaborazione», per le quali cfr. G. Berti, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, p. 354 ss. e S. Cognetti, *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive tra procedimento e processo*, Esi, Napoli, 1987, p. 51 ss.

[75] Qualora si volesse leggere la sent. n. 31 del 2000 come un tentativo di disegnare un pro-

Se, poi, si considera che tale operazione classificatoria verrebbe comunque rapportata ad un'attività di giudizio teleologicamente orientata in senso oggettivo, come, in definitiva, si presenta tutta la giurisdizione costituzionale, solo in via eventuale e mediata difensiva di situazioni giuridiche soggettive, risulta che un'ipotetica distinzione tra un *giudizio* di legittimità costituzionale, proteso alla garanzia *anche* degli *iura*, e un *controllo* amministrativo di legittimità (ammissibilità) del quesito referendario rispetto al parametro costituito dall'art. 75 Cost., proteso alla sola tutela della *lex*, rischierebbe davvero di perdere significato [76].

6. *Segue*. … e di quella legislativa

Anche il procedimento di formazione delle leggi è venuto ad assumere elementi processuali già con l'introduzione, nel 1971, di un'organica disciplina delle udienze legislative [77] e delle indagini conoscitive [78].

È stato rilevato che, a rigore, tali modifiche non avrebbero comunque trasformato il procedimento legislativo in un vero «processo legislativo»: da un lato, infatti, a nessun soggetto, tra i possibili intervenienti, sarebbe riconosciuto un diritto in senso tecnico ad essere ascoltato in commissione e, dall'altro, lo stesso svolgimento e le dimensioni dell'udienza legislativa dipenderebbero, caso per caso, dalla discrezionalità della commissione parlamentare [79].

---

cedimento di controllo al quale sia ammessa la sola partecipazione *collaborativa* di soggetti terzi alla decisione della Corte, ancora una volta tale scelta apparirebbe anacronistica e del tutto incompatibile con le stesse tendenze evolutive della normativa in materia di procedimenti amministrativi, in base alle quali, come si è visto, già da tempo si è riconosciuta, accanto alla semplice partecipazione collaborativa, la possibilità, per gli interessati, di intervenire a scopi *difensivi* nella dinamica delle determinazioni dell'Amministrazione.

[76] In tal senso, è stato notato in uno dei primi commenti alla sent. n. 31 del 2000 che l'intervento dei «Comitati per il no», ammesso per la prima volta dalla Corte, «appare rispondente più che alla logica del processo, a quella del procedimento amministrativo, ove l'intervento è, appunto, riconosciuto a "qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché [a]i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio"»: così A. Cariola, *Il «sì» della Corte ai «Comitati per il no»*, in *Quaderni cost.*, n. 2, 2000, p. 412.

[77] Artt. 143, secondo comma, R.C., e 47, R.S.

[78] Artt. 144, R.C., e 48, quinto comma, R.S; l'inserimento nei regolamenti parlamentari di una compiuta e dettagliata disciplina delle indagini conoscitive ha rappresentato, secondo parte della dottrina «un notevole passo verso la processualizzazione dell'attività parlamentare»: così V. Di Ciolo, voce *Procedimento legislativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 963.

[79] *Ibidem*.

Tali innovazioni, come anche la riforma del 1997 del Regolamento della Camera dei deputati introduttiva della c.d. «istruttoria legislativa» [80], risultano indicative di quelle tendenze, di cui si è prima discorso, volte alla valorizzazione del momento partecipativo nell'assunzione degli atti pubblici e di elezione del dato fattuale a parametro di legittimazione delle funzioni istituzionali.

Dalla lettura della sent. n. 31 del 2000 potrebbe percepirsi un'apparente somiglianza tra i presupposti per l'intervento nel giudizio di ammissibilità del *referendum* e le condizioni di partecipazione alle indagini conoscitive nel procedimento di formazione delle leggi. In realtà, risulterebbe tutta da dimostrare l'assenza di un diritto in senso tecnico in capo ai soggetti interessati non menzionati nell'art. 33, legge n. 352 del 1970, analogamente a quanto sarebbe dato ravvisare nel procedimento legislativo e, inoltre, non potrebbe neanche ammettersi l'esercizio, da parte della Corte costituzionale nella selezione dei soggetti legittimati a partecipare al giudizio di ammissibilità, di una discrezionalità pari a quella riconosciuta alle commissioni parlamentari in sede di indagini conoscitive; la ragione risiederebbe, ancora una volta, nella necessità di garantire l'integrità degli spazi riconosciuti ai principali attori istituzionali del sistema.

---

[80] Per «istruttoria legislativa» s'intende «quel complesso di adempimenti che presso le Commissioni possono essere curati in relazione all'esame di schemi e progetti di atti normativi, al fine di esprimere una valutazione approfondita dei relativi contenuti sotto il profilo del merito tecnico e politico»: così R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. parl.*, n. 1, 2000, p. 209. In riferimento a tale innovazione si è discorso di una «*procedimentalizzazione legislativa del* "fatto"», intesa come «l'incorporazione di quest'ultimo nelle leggi, attraverso la progressiva (e, non di rado, travagliata) elaborazione e messa a punto degli atti di normazione, consapevole delle loro implicazioni sociali e sensibile rispetto ad esse»: così A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. parl.*, n. 1, 1999, ora anche in «*Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, III, *Studi degli anni 1996/1998*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 448. In tema, cfr., inoltre, M.P.C. TRIPALDI, *Le strutture preposte alla valutazione della qualità degli atti normativi nelle recenti novità legislative e regolamentari*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 1999*, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 2000, p. 129 ss.; N. LUPO, *L'informazione parlamentare nell'istruttoria legislativa in Commissione*, in AA.VV., *Il ruolo delle assemblee elettive*, II, *La qualità della legislazione nei nuovi statuti regionali*, a cura di M. CARLI, Giappichelli, Torino, 2001, p. 227 ss.; sui meccanismi di partecipazione al procedimento di formazione delle leggi regionali cfr., fra gli altri, E. GUARDUCCI, *L'istruttoria legislativa delle commissioni consiliari: le consultazioni legislative*, in AA.VV., *Il ruolo delle assemblee elettive*, II, cit., p. 277 ss.; più in generale, sulle tendenze evolutive dell'istituzione parlamentare v. ora AA.VV., *Parlamento e processo legislativo in Italia. Continuità e mutamento*, a cura di G. CAPANO e M. GIULIANI, Il Mulino, Bologna, 2001.

7. La partecipazione di soggetti terzi al giudizio di ammissibilità del *referendum*: orientamenti giurisprudenziali

La soluzione del problema relativo alla natura del giudizio di ammissibilità, in sostanza, non appare decisiva neanche per la questione dell'intervento di soggetti terzi, se nella normativa che disciplina la partecipazione nei procedimenti amministrativi il presupposto legittimante l'accesso consiste proprio nel *pregiudizio* che l'atto finale potrebbe cagionare all'interesse del soggetto interveniente.

Insomma, alla Corte non sarebbe dato fuggire dalla «logica processuale» nella definizione delle proprie competenze.

Sulla base delle osservazioni svolte, è ora possibile esaminare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia.

Si è detto che l'indirizzo a lungo seguito dall'organo è stato quello volto ad interpretare in modo restrittivo il disposto dell'art. 33, terzo comma, legge n. 352, a norma del quale «non oltre tre giorni prima della data fissata per la deliberazione, i delegati e i presentatori e il Governo possono depositare alla Corte memorie sulla legittimità costituzionale delle richieste di *referendum*».

Dalla prima storica sentenza, la n. 10 del 1972, relativa al *referendum* sul divorzio, fino alle pronunzie del 1997 (nn. 32 e 38), immediatamente precedenti il *revirement* del 2000, la Corte ha sempre escluso che potessero ammettersi memorie presentate da soggetti diversi da quelli espressamente indicati dalla legge; così, nel 1972, dichiarava «irricevibile la memoria prodotta dalla Lega italiana per il divorzio», ritenendo la presenza dei promotori del *referendum*, intesi come «portatori della volontà di coloro che hanno sottoscritto la relativa istanza», e del Governo, «quale rappresentante dello Stato nella sua unità», idonea a garantire «attraverso tale disciplina, le condizioni necessarie e sufficienti per un legittimo contraddittorio».

La Corte, per lungo tempo, si è mantenuta fedele a tale linea, indicando, nelle pronunzie con le quali si era trovata a decidere sull'ammissibilità di nuove istanze, altri argomenti a sostegno dell'interpretazione data; così, nella sent. n. 28 del 1987 ha escluso che la previsione, nell'art. 32, quinto comma, della legge n. 352, della partecipazione, mediante la presentazione di proprie deduzioni, dei rappresentanti dei partiti e dei gruppi politici alla fase del controllo di legittimità del quesito referendario dinanzi all'Ufficio centrale potesse costituire argomento *a fortiori* per il riconoscimento agli stessi soggetti della facoltà d'intervento anche nel procedimento dinanzi alla Corte. La diversa disciplina riservata ai due controlli sarebbe, infatti, giustificata dalla diversità delle funzioni che essi svolgerebbero.

Non aggiungono nulla, rispetto alle argomentazioni già sostenute nelle

precedenti decisioni, le due ordinanze del 16 gennaio 1990, con cui la Corte esclude analoghe istanze d'intervento, nei giudizi poi definiti dalle pronunzie nn. 63 e 64 dello stesso anno.

Nella sent. n. 47 del 1991, invece, relativa all'ammissibilità dei *referendum* elettorali richiedenti la parziale abrogazione delle leggi sul sistema di elezione del Senato, della Camera e dei Comuni, viene dichiarata irricevibile la memoria prodotta dal «Comitato per la difesa ed il rilancio della Costituzione», sostenendosi anche altre ragioni, oltre all'argomento della «sufficienza» del contraddittorio *ex* art. 33. In primo luogo, la Corte individua «insuperabili ostacoli» – che, per la verità non faticherà molto ad eludere, nella successiva sent. n. 31 del 2000! – all'estensione del contraddittorio «nella stessa complessiva strutturazione del procedimento referendario, caratterizzato da precise scansioni temporali, e nella conseguente esigenza che pure la fase del controllo di ammissibilità si mantenga in stretta successione cronologica con le fasi che la precedono e le fasi che la seguono, restando contenuta entro rigorosi limiti di tempo che rischierebbero di venire superati per effetto di un diffuso ed indiscriminato accesso di soggetti, i quali potrebbero, poi, richiedere di esporre anche oralmente le proprie ragioni». In secondo luogo, il riferimento alla diversa soluzione accolta dall'art. 32 della legge n. 352, viene adoperato come argomento *a contrario* per affermare che, se il legislatore avesse voluto introdurre un contraddittorio allargato anche nel giudizio dinanzi alla Corte, lo avrebbe previsto esplicitamente.

Le pronunzie nn. 32, 33 e 37 del 1993 e le ordinanze allegate alle sent. nn. 32 e 38 del 1997 non aggiungono nuove argomentazioni a sostegno dell'ormai consolidato orientamento.

Da notare che in nessuna delle citate decisioni si approfondisce la questione relativa alla posizione giuridica dei soggetti intervenienti, potendosi soltanto desumere, dalle parole usate nella sent. n. 10 del 1972, che i promotori e il Governo sono i soli «legittimi contraddittori» riconosciuti e che, come si sostiene nella sent. n. 27 del 1981, ulteriori accessi sarebbero vietati dal momento che gli altri richiedenti non potrebbero, a rigore, considerarsi «parti» del giudizio di ammissibilità.

Si è già detto delle discussioni dottrinali in tema e si tornerà subito sull'uso ambiguo che la Corte sembrerebbe aver fatto del termine «parte»; qui, per completezza di esposizione, occorre ricordare che comunque il giudice costituzionale aveva ammesso, in via di prassi, già con la sent. n. 16 del 1978, la partecipazione al giudizio degli avvocati dei legittimati *ex lege*, ribadendo, nella successiva pronunzia n. 35 del 1985, che tale ampliamento era stato giustificato dall'esigenza di integrare il «contraddittorio espressamente previsto dall'art. 33, terzo comma, legge n. 352 del 1970».

In mancanza di un'esplicita presa di posizione da parte della Corte sulla

natura del giudizio, le istanze manifestate in dottrina di un ampliamento del numero dei possibili intervenienti partivano dalla premessa dell'applicabilità al procedimento medesimo del principio del contraddittorio [81] ed indicavano il progressivo allargamento che parallelamente la Corte andava svolgendo nel giudizio incidentale per denunciare la difformità ingiustificata delle soluzioni accolte dalla giurisprudenza nei due casi [82].

L'esigenza di ammettere l'intervento anche di soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 33 era poi vigorosamente espressa da C. Mortati, il quale riteneva necessario l'ampliamento del contraddittorio allorché la richiesta referendaria toccasse gli interessi di gruppi o anche di singoli cittadini che dalla legge sottoposta a *referendum* traessero situazioni di vantaggio [83].

In senso contrario si è obiettato che ulteriori intervenienti non sarebbero mossi da interessi riguardanti la sola *ammissibilità*, bensì il *merito* del quesito referendario [84]. Altra dottrina, invece, pur ritenendo che non possa «assiomaticamente escludersi che vi siano soggetti portatori di interessi specificamente e direttamente toccati (*anche*) dal profilo dell'ammissibilità», ha concluso avvertendo che «tuttavia di siffatta eventualità va data, scrupolosamente, la prova» [85].

Si vedrà subito che la Corte, con la sent. n. 31 del 2000 non ha operato alcuna distinzione a riguardo, optando per un'indiscriminata apertura del contraddittorio, in attesa forse di altre occasioni nelle quali meglio definire i presupposti dell'accesso.

D'altro canto, lo stesso giudice costituzionale, trovandosi nell'evidente difficoltà di ottemperare al divieto da esso pure tratto in via interpretativa, è giunto ad eludere l'ostacolo consentendo ai soggetti terzi d'illustrare oralmente le proprie memorie in camera di consiglio, per poi concludere per l'inaccoglibilità della domanda d'intervento [86].

In definitiva, prima della sent. n. 31, la dimensione entro la quale si cerca-

---

[81] Cfr. C. Mezzanotte, *op. cit.*, p. 954 ss.; A. Cariola, *Il contraddittorio nel giudizio costituzionale di ammissibilità*, cit., p. 324 ss.

[82] Sull'ampliamento del contraddittorio nel giudizio incidentale cfr., fra gli altri, M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia* costituzionale, Giappichelli, Torino, 1991, p. 270 ss; Id., Le *parti del processo* a quo *costituite e non costituite*, in AA.VV., *Il contraddittorio*, cit., 26 ss.; L. D'Andrea, *L'intervento dei terzi interessati*, cit., p. 87 ss.; A. Vignola, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 121 ss.

[83] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 845 s.

[84] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 474.

[85] A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., p. 386.

[86] L'ipotesi si è verificata in occasione dei giudizi definiti dalle sentt. nn. 28 del 1987 e 32-38 del 1997.

va di trovare soluzioni al problema del contraddittorio nel giudizio di ammissibilità era pur sempre quella giurisdizionale.

Emblematica in tal senso appare la ricostruzione proposta da C. Mezzanotte nel 1972, nella quale si faceva notare che «l'originario ed indiscriminato ripudio di schemi processuali che potessero apparire in qualche modo improntati (anche) alla tutela giurisdizionale dei privati» trovava un «suggello normativo» nella disciplina dettata dalla legge n. 352 del 1970. Il «tentativo di piegare le caratteristiche del giudizio ai principi del contraddittorio e all'esigenza di più penetranti forme di tutela a favore degli "interessati"» avrebbe incontrato, infatti, «difficoltà notevoli in una impalcatura legislativa da cui sembra estraniarsi ogni altra *ratio* che non sia integralmente finalizzata alla tutela obbiettiva della competenza degli organi legislativi» [87]; tuttavia, nel presupposto che non si possa prescindere dal principio del contraddittorio nella costruzione di un qualunque sistema processuale e che si debba invocare la lesione del diritto di difesa anche in tutte quelle ipotesi di possibili attentati a situazioni soggettive da parte di «atti (o fatti) di produzione normativa contrastanti con la Costituzione» [88], rimaneva da risolvere il problema della compatibilità dell'art. 33, terzo comma, legge n. 352 con il parametro dell'art. 24 Cost.

La legittimità della disposizione veniva comunque fatta salva sulla base della considerazione che i soggetti interessati avrebbero potuto far valere le proprie ragioni «in una sede diversa», vale a dire quella di un eventuale, successivo giudizio in via incidentale [89]; si adottava così uno schema simile a quello del contraddittorio *differito*, *posticipato* o *eventuale* [90], presente in altre esperienze del diritto processuale: si pensi soltanto al caso del procedimento ingiuntivo di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., che si conclude con una pronunzia emessa *inaudita altera parte*, contro la quale l'interessato ha facoltà di promuovere l'instaurazione di un contraddittorio funzionale ad ottenere una nuova decisione che si sostituirà all'altra come pronunzia di primo grado.

In tal modo, tuttavia, venivano assimilate situazioni sostanzialmente eterogenee, dal momento che l'eventualità del contraddittorio, nei procedimenti ingiuntivi, dipende esclusivamente dall'attivazione della parte il cui interesse sia stato pregiudicato dal provvedimento, mentre invece, nel caso del controllo sul *referendum*, il sacrificio del diritto di difesa del soggetto interessato

---

[87] C. Mezzanotte, *op. cit.*, p. 970 s.

[88] *Ivi*, p. 971.

[89] *Ivi*, p. 973.

[90] Per tali definizioni cfr. A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, a cura di E. Allorio, I, Utet, Torino 1973, p. 1092.

non troverebbe sicura compensazione in un successivo giudizio di legittimità costituzionale, mancando nel nostro ordinamento un ricorso diretto individuale ed essendo casuale l'insorgenza, nel corso di un giudizio, di una questione di legittimità costituzionale concernente la normativa di risulta.

Nel caso poi della sent. n. 38 del 1997 sugli Ordini dei giornalisti, cui si è prima fatto cenno, lo stesso oggetto della domanda referendaria, vertente, in definitiva, sulla sopravvivenza dei soggetti interessati, rendeva impossibile l'attivazione di altri eventuali rimedi successivi, nel caso in cui la consultazione popolare avesse avuto esito positivo [91].

Le polemiche suscitate da tale decisione [92], nella quale la Corte si era limitata a richiamare la consolidata giurisprudenza in materia, senza prendere atto della particolare posizione in cui si venivano a trovare i soggetti richiedenti, con ogni probabilità devono aver condizionato sensibilmente il mutamento di tendenza compiuto con le decisioni della tornata referendaria del 2000.

In quest'ultima occasione, oltretutto, la presenza, tra i soggetti che avevano promosso istanze di intervento in giudizio, di partiti politici e sindacati, lasciava facilmente presagire che l'interpretazione restrittiva fino a quel momento sostenuta dalla Corte avrebbe suscitato un diffuso dissenso politico, estremamente deleterio per le esigenze di legittimazione dell'organo nel sistema.

8. *Segue*. Il *revirement* della sent. n. 31 del 2000

Con la sent. n. 31 del 2000, come si è detto, la Corte ha, per la prima volta, consentito formalmente l'ingresso di memorie prodotte da soggetti diversi dai promotori e dal Governo [93].

---

[91] Si è discorso, per il caso in questione, di «"referendum-provvedimento", non tanto nel senso di qualificare "legge-provvedimento" la disciplina di cui si chiedeva l'abrogazione […], quanto nel senso che natura provvedimentale di carattere soppressivo avrebbe certamente assunto il decreto presidenziale che avesse dichiarato, in caso di esito positivo della consultazione referendaria, l'avvenuta abrogazione popolare della legge regolante l'Ordinamento della professione di giornalista: non potendosi – ci pare – nutrire dubbi sul fatto che, almeno sotto il punto di vista degli effetti, tale decreto avrebbe determinato […], alla stregua degli effetti tipici di un provvedimento, la "chiusura" della fattispecie»: così G. Cerrina Feroni, *op. cit.*, p. 409.

[92] V., per tutti, le osservazioni critiche di D.M. Traina, *op. cit.*, p. 338 ss.; G. Cerrina Feroni, *op. cit.*, p. 408 ss.

[93] Gli atti presentati, nell'occasione, tutti nel senso dell'inammissibilità del quesito refe-

Il medesimo orientamento è stato accolto anche dalle altre pronunzie della tornata referendaria, le quali hanno rinviato alla sent. n. 31 per l'indicazione delle ragioni del mutamento.

Nel punto 2 del considerato in diritto della decisione, la Corte, dopo aver svolto le già viste osservazioni generali sulla struttura del «procedimento di controllo», com'è costantemente definito il giudizio di ammissibilità, rileva che la legge nulla dice «circa il potere d'illustrare, oralmente, il contenuto delle memorie».

Con tale precisazione il giudice costituzionale sembrerebbe voler individuare i margini di discrezionalità nell'integrazione della disciplina sul procedimento che la normativa gli lascerebbe.

Subito dopo, la Corte ricorda come, già a partire dalla sent. n. 16 del 1978, essa abbia consentito che «gli avvocati – rappresentanti dei delegati o dei presentatori o del Presidente del Consiglio» illustrassero «le memorie, instaurando una prassi non prevista dalla legge e quindi, di per sé non obbligatoria, sebbene conforme all'esigenza di dare accesso ad ulteriori argomentazioni rilevanti ai fini del decidere»; il che le sarebbe stato consentito proprio dal silenzio serbato dalla legge sul potere d'illustrazione delle memorie, che non sarebbe valso come «divieto circa la possibilità di disporre l'audizione dei presentatori di memorie, pur avendo riconosciuto (sin dalla sent. n. 10 del 1972) che il citato art. 33 della legge n. 352 garantisce "le condizioni necessarie e sufficienti per un legittimo contraddittorio"».

Fin qui *nulla quaestio*: la Corte si muove nell'ambito lasciato dalla legge alle sue determinazioni discrezionali, vale a dire quello relativo alla regolamentazione delle modalità d'*illustrazione delle memorie*; ma poi si afferma che in passato si è «costantemente escluso il diritto dei soggetti diversi da quelli menzionati nell'art. 33 a prendere parte al procedimento di controllo sull'ammissibilità del *referendum* tramite la presentazione di memorie scritte e la loro illustrazione orale, negando, per le caratteristiche di esso e la natura della pronuncia cui è preordinato, *la configurabilità di un diretto intervento "di parte"*» [94].

Come può facilmente notarsi, con uno scarto logico non indifferente, si passa dal tema dell'illustrazione orale delle memorie presentate dai legittimati *ex* art. 33 al profilo della denegata *partecipazione* di soggetti terzi, dovuta alla circostanza – si scopre adesso – che *a non essere consentito era un intervento in qualità «di parte»*.

---

rendario, provenivano dalle associazioni «Progetto diritti», «Servizio legale immigrati», dal «Centro di ricerca ed elaborazione per la democrazia», nonché dall'associazione «Lunaria».

[94] Il corsivo – ovviamente – non è testuale.

Sicché la Corte, dopo aver affermato che nel «procedimento di controllo» sull'ammissibilità del *referendum* il deposito di memorie non farebbe assumere la posizione di parte, lasciando così intendere che neanche i promotori ed il Governo potrebbero, a rigore, definirsi «parti» del giudizio medesimo, asserisce che l'esclusione delle memorie presentate, in passato, da terzi interessati era stata determinata dal fatto che le istanze promosse pretendevano l'espletamento di un intervento «di parte» nel procedimento di controllo; tuttavia, in cosa sarebbe dovuto consistere quest'ultimo tipo d'intervento non è dato sapere, dal momento che, sulla base della disciplina vigente, non si potrebbe configurare, adesso come in precedenza, altra forma di partecipazione al giudizio di ammissibilità che non sia quella costituita dalla presentazione di … memorie!

Il sospetto è che la Corte abbia usato, nella sentenza, il termine «parte» *in due diverse accezioni*, la prima volta facendo riferimento alla *nozione classica*, processualistica, richiamata con il fine specifico di *negare la natura contenziosa del procedimento* e, la seconda volta, nell'espressione «intervento di parte», in un significato non propriamente tecnico, con lo scopo di *distinguere la posizione giuridica dei legittimati ex art. 33 da quella degli altri soggetti intervenienti nel giudizio*: in tal senso, mentre il *diritto di deposito* delle memorie andrebbe riconosciuto ad entrambi, la facoltà di *illustrare oralmente* le memorie sarebbe sempre garantita ai legittimati *ex* art. 33, mentre per gli altri intervenienti risulterebbe subordinata all'esigenza di non pregiudicare «lo svolgimento del controllo di ammissibilità che deve tenersi, e concludersi, secondo una *scansione temporale definita*» [95].

In tal modo, la Corte sembrerebbe dimenticare la premessa dalla quale era partita, vale a dire che l'ambito di discrezionalità da essa spendibile nella determinazione delle modalità di svolgimento del controllo era soltanto quello relativo alla definizione delle modalità d'*illustrazione* delle memorie depositate dai legittimati *ex* art. 33. Se, infatti, «nulla […] la legge dice circa il *potere d'illustrare*, *oralmente*, il contenuto delle memorie di fronte alla Corte costituzionale convocata per la decisione», il testo dell'art. 33 è invece molto chiaro in ordine al «*potere di depositare*» le memorie stesse, riconoscendolo *esclusivamente* ai delegati o promotori e al Governo e negandolo ad altri soggetti! Questa almeno è stata l'interpretazione della norma che, come si è visto, la Corte ha seguito con estremo rigore per ben ventotto anni e che adesso viene così agevolmente superata.

---

[95] Così sent. n. 31 del 2000, punto 2 del cons. in dir.; si sofferma, in modo particolare, sul riconoscimento del diritto di illustrazione delle memorie anche a soggetti non indicati nell'art. 33, legge n. 352, G. BASCHERINI, *Il* referendum *sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi internazionali*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2000, p. 236.

Suscita, inoltre, perplessità anche il riferimento al «precedente» costituito dalla sent. n. 16 del 1978, con la quale, come si è detto, la Corte aveva ammesso l'illustrazione delle memorie da parte degli avvocati dei soggetti legittimati *ex* art. 33; nella sent. n. 31, infatti, si asserisce che, consentendo «l'ingresso di memorie provenienti da altri soggetti senza che costoro assumano la posizione di parti intervenienti», ci si muove «nel medesimo ordine di considerazioni – che ha indotto la Corte a permettere ai delegati o presentatori della richiesta referendaria e al Presidente del Consiglio l'illustrazione dei loro scritti» [96]. In realtà, si accostano figure che, a prescindere dalla qualificazione che intenda riconoscersi loro (di parti, intervenienti, *amici curiae*, ecc. [97]), non possono che restare logicamente distinte: da una parte, i *rappresentanti legali* dei legittimati *ex lege*, il cui intervento, a partire dalla pronunzia del 1978, era stato permesso, come si è detto, al fine di integrare il «contraddittorio espressamente previsto dall'art. 33, terzo comma, legge n. 352 del 1970», dall'altra, i *soggetti terzi*, presentatori di *nuove memorie*, diverse da quelle dei promotori e del Governo. Si trascura di considerare che la prassi introdotta con la sent. n. 16 del 1978, volta a permettere l'ingresso nel giudizio dell'Avvocatura dello Stato, quale rappresentante legale del Governo, costituisce una necessità per il dispiegarsi effettivo di un contraddittorio che, altrimenti, non potrebbe svilupparsi in tutti i casi; tale integrazione non rappresenta, dunque, un'eccezione alla regola e, anche qualora la si volesse intendere in questo senso, apparirebbe logicamente discutibile il ragionamento in forza del quale dall'esistenza di un'eccezione, giustificata da precise e autonome esigenze, si ricavi una *nuova regola* (quella del riconoscimento ad altri soggetti del potere di intervenire), o meglio la *negazione della regola stessa* (l'esclusione della facoltà d'intervento da parte di soggetti non legittimati *ex* art. 33).

La Corte, in definitiva, seguitando nell'uso di una tecnica argomentativa alla quale spesso è ricorsa, soprattutto, ma non solo, nelle decisioni relative all'ammissibilità dei quesiti referendari, si «*autocita*», «reinventando» la propria giurisprudenza [98]; nello specifico, ciò avviene, in primo luogo, quando vengono richiamate le precedenti pronunzie con le quali si era escluso l'ingresso di memorie presentate da soggetti terzi, per sostenere che a non

---

[96] Sent. n. 31 del 2000, punto 2 del cons. in dir.

[97] Sulla natura giuridica dei soggetti terzi ammessi dalla Corte con la sent. n. 31 v., da ultimo, F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 3020 ss.

[98] Cfr., al riguardo, A. SAITTA, *Prime considerazioni sulla motivazione delle sentenze costituzionali, con particolare riguardo alla tecnica argomentativa* dell'autocitazione, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni*, cit., p. 290 ss.; ID., *Logica e retorica*, cit., p. 89 ss. e M. CARTABIA, *La motivazione* per relationem *nelle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni*, cit., p. 258 ss.

essere consentito era, in realtà, un intervento «di parte», mentre invece nella giurisprudenza anteriore non si era mai affrontato il problema della natura giuridica di eventuali intervenienti ulteriori o degli stessi «legittimi contraddittori» *ex* art. 33 e, in secondo luogo, nel riferimento puramente *retorico* al «precedente» costituito dalla sent. n. 16 del 1978, non potendosi logicamente derivare dalla partecipazione al giudizio del rappresentante di un legittimato l'ingresso di un terzo non legittimato [99].

9. Possibili sviluppi della giurisprudenza futura: l'esigenza di selezionare i partecipanti al giudizio

Alcune osservazioni risultano ancora opportune sul riferimento, contenuto nella motivazione della sent. n. 31, al carattere della «scansione temporale definita» del procedimento referendario. Tale connotato, nella sent. n. 47 del 1991, era indicato come un «ostacolo insormontabile» all'ampliamento del contraddittorio, mentre invece, adesso, viene ridimensionato a semplice *limite generale* nella definizione di una procedura che, dopo un allargamento di tale portata, potrebbe rischiare, in mancanza di adeguati criteri di selezione degli intervenienti, di assumere dimensioni non contenibili.

Facilmente prevedibile appare, infatti, dopo il mutamento d'indirizzo da parte della Corte, un sensibile incremento di richieste di partecipazione ai giudizi di ammissibilità, già in occasione della prossima tornata referendaria.

A quali parametri dovrebbe allora fare ricorso il giudice costituzionale per evitare, da un lato, inaccettabili discriminazioni nella scelta dei soggetti legittimati e, dall'altro, il rischio, sempre incombente, di un uso ostruzionistico dell'istanza d'intervento, volto a neutralizzare lo strumento referendario?

Provando ad azzardare qualche previsione, apparirebbe subito difficile l'adozione di criteri selettivi di natura soggettiva, se non altro proprio per la difficoltà di «razionalizzare» la gamma estremamente eterogenea di soggetti ammessi ad intervenire con le pronunzie del 2000 [100]; certamente più agevole

---

[99] Il frequente uso di tecniche argomentative retoriche nei giudizi sull'ammissibilità del *referendum* è stato spiegato proprio in base ai caratteri peculiari della competenza in esame, alla sua posizione «eccentrica», al fatto che essa si trovi «esposta, da un lato, a fortissime pressioni e condizionamenti per la contrapposizione frontale di interessi spesso inconciliabili; dall'altro, al costante pericolo di trasformarsi da presidio per un controllo neutro ed obiettivo, quale dovrebbe essere, a giudizio sulla corretta applicazione delle regole create, spesso contestualmente, dalla stessa Corte»: così A. SAITTA, *Logica e retorica*, cit., p. 293 s.

[100] Così, per esempio, nel giudizio relativo alla richiesta di *referendum* per l'abrogazione

risulterebbe, invece, il riferimento al contenuto delle memorie di volta in volta presentate e, in definitiva, alla loro *rilevanza* in relazione all'oggetto del procedimento [101].

Qualora si decidesse però di formalizzare tale soluzione, alla quale pure la Corte, in passato, è ricorsa, sebbene in via solo informale, permettendo l'esposizione delle memorie di soggetti terzi, per poi dichiararne l'inammissibilità, si incorrerebbe, da un lato, in un *vizio logico* insuperabile, rappresentato dal fatto che, per giudicare della ricevibilità delle memorie stesse, bisognerebbe prima vagliarne il contenuto, consentendo così, *di fatto*, quell'intervento sulla cui ammissibilità si dovrebbe decidere in via preliminare; dall'altro, dal punto di vista pratico, il canone stesso risulterebbe *del tutto inutile*, in quanto non permetterebbe di selezionare realmente gli interventi ammissibili, dal momento che, qualora il numero delle richieste fosse tale da non consentire né l'esposizione orale né tantomeno la sola lettura delle memorie da parte dei giudici costituzionali, dovrebbe necessariamente ricorrersi ad altri criteri.

Il rischio maggiore di una simile scelta consisterebbe, poi, nel fatto che mediante l'uso di consumate tecniche argomentative, cui la Corte potrebbe ricorrere nel motivare *a posteriori* l'esclusione dell'una anziché dell'altra memoria in quanto «irrilevante» ai fini della decisione, si potrebbe finire col giustificare «bilanciamenti» compiuti non «*secondo i casi*», bensì «*secondo occasione*, sulla spinta – com'è stato detto – di congiunturali pressioni o sollecitazioni e, dunque, fuori di ogni regola o schema, di ordine assiologico-sostanziale così come procedurale, fedelmente riprodotta(o) nel tempo» [102].

La discrezionalità del giudice costituzionale rischierebbe di crescere proporzionalmente al suo indebolimento all'interno del sistema; privo, per sua stessa scelta, di quelle forme contenziose o «paracontenziose» che sole permettono di fugare (o quantomeno di attenuare) i dubbi di arbitrarietà insiti

---

dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, conclusosi con la sent. n. 41 del 2000, hanno depositato memorie, chiedendo di poterle illustrare, l'associazione Progetto Diritti ONLUS, la Federazione delle rappresentanze sindacali di base e il Centro di ricerca ed elaborazione per la democrazia, nonché il Comitato per la libertà e i diritti sociali, il Partito della Rifondazione Comunista e la Federazione dei Verdi, congiuntamente con l'Associazione nazionale per la sinistra e con «Alfiero Grandi, nella sua qualità di responsabile del lavoro dei D.S.-Democratici di Sinistra».

[101] Individua questo possibile criterio anche F. MONCERI, *Estensione del contraddittorio nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Foro it.*, n. 11, 2000, c. 3089.

[102] A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 578 s., in nt. 24; sulla distinzione tra «ordine dei valori *secondo i casi*» e «*secondo occasione*» v., inoltre, ID., *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *«Itinerari»*, III, cit., p. 116 ss.

nel suo operato, l'organo di giustizia costituzionale si troverebbe sempre più esposto a critiche inerenti all'alto tasso di politicità delle decisioni in materia referendaria.

In tal senso, l'apertura operata dalla giurisprudenza in merito al contraddittorio nel giudizio di ammissibilità, qualora fosse stata compiuta davvero col preciso intento di «acquisire legittimazione», nella convinzione che sia meglio «che i gruppi di interesse siano dentro alla camera di consiglio, rappresentati dal loro legale, e concorrano a costruire il giudizio, piuttosto che stiano fuori dal palazzo, in piazza, a contestare la Corte» [103], potrebbe rivelarsi invece, nel lungo periodo, un vero e proprio *boomerang* per i giudici costituzionali.

Di qui la necessità di definire criteri *soggettivi* di selezione dei legittimati, che prescindano dal contenuto delle memorie e guardino alla situazione giuridica dei richiedenti.

10. *Segue*. La diversa natura degli interessi coinvolti: da un lato, quelli «pregiudicati» dall'abrogazione referendaria e, dall'altro, quelli inerenti alla *pura* ammissibilità del quesito

Di certo non si ignorano le difficoltà che la soluzione della questione da ultimo indicata presenta.

All'origine di tali difficoltà si pone, innanzitutto, la stessa sfuggente conformazione del contraddittorio previsto dall'art. 33, terzo comma, legge n. 352, nell'esame del quale, la dottrina sembra essersi concentrata maggiormente sul ruolo del Governo che non su quello dei promotori del *referendum* [104].

Dell'intervento del Presidente del Consiglio nel giudizio si è messo soprattutto in evidenza il carattere marcatamente *politico* [105] e lo si è qualificato, nel contesto di una sostanziale assimilazione del *referendum* ad un sorta di «arbitrato politico», come esercizio di rappresentanza delle esigenze «*ex parte potestatis*» in contrapposizione ad un punto di vista contrario, «*ex parte societatis*», sintetizzato dalla presenza dei promotori [106].

---

[103] R. Bin, *Potremmo mai avere sentenze sul* referendum *del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni «referendarie» del 2000*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2000, p. 224.

[104] Si è soffermata, di recente, sulla posizione dei comitati promotori nel panorama istituzionale G. Brunelli, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quaderni cost.*, n. 1, 2001, p. 63 ss.

[105] A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., p. 384.

[106] Così G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 474.

In tale prospettiva, l'intervento del Governo sarebbe normalmente orientato a sostenere le ragioni dell'inammissibilità della domanda referendaria; tuttavia, com'è stato notato [107], una simile ricostruzione non sembrerebbe tenere in adeguato conto che il giudizio in questione verte (o dovrebbe vertere) non sulla legge sottoposta a *referendum* ma sulla mera possibilità di svolgere la consultazione popolare.

Quanto alla presenza in giudizio dei promotori, invece, la questione è ordinariamente risolta affermando che per questi soggetti, «in quanto "naturali" rappresentanti della volontà dei sottoscrittori» [108], l'interesse ad intervenire sarebbe *in re ipsa*.

È stata pure messa in evidenza, in passato, la natura eterogenea degli interessi facenti capo ai soggetti legittimati *ex* art. 33 [109], rilevandosi che la sussistenza di un «conflitto istituzionale» tra promotori e Governo sarebbe stata sostenibile solo «componendo in posizioni omogenee, e, quindi, in qualche misura comparabili, le rispettive eterogenee situazioni di interesse» [110]. Tale risultato si sarebbe potuto ottenere soltanto in due modi: «o elevando gli interessi parziali che i promotori rappresentano al rango di interessi generali, trascendenti quelli dei sottoscrittori e facenti capo all'intero corpo elettorale o al popolo; ovvero, riducendo (degradando) la posizione del governo a quella di semplice depositario di un interesse di parte determinabile in astratto e opponibile a quello dei promotori» [111].

L'opzione teorica verso la quale sembrerebbe essersi orientata la dottrina prevalente è la prima, anche in forza del riconoscimento, operato dalla giurisprudenza costituzionale [112], ai comitati promotori della legittimazione ad essere parti nei conflitti interorganici, in quanto «poteri dello Stato».

Ad ogni modo, qualunque ricostruzione s'intendesse accogliere del contraddittorio posto dall'art. 33, non apparirebbe del tutto convincente una prospettiva nella quale gli interessi sottesi all'intervento dei promotori venissero sempre, *a priori*, collegati alla *pura* ammissibilità del quesito referendario.

---

[107] Cfr. R. Romboli, *La presenza del governo nei giudizi costituzionali dopo la legge n. 400 del 1988*, in AA.VV., *La legge sulla presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 328; A. Pertici, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 471.

[108] A. Pertici, *op. cit.*, p. 471.

[109] C. Mezzanotte, *op. cit.*, p. 956 ss.

[110] *Ivi*, p. 956.

[111] *Ibidem*.

[112] Tale riconoscimento è avvenuto, per la prima volta, con l'ord. n. 17 del 1978, seguita dalla sent. n. 69 del 1978.

In realtà, i promotori stessi intervengono nel processo in quanto determinati a *proteggere* il quesito lungo tutto l'*iter* formativo del *referendum*, al fine di ottenere la caducazione dell'atto legislativo; l'interesse all'ammissibilità della domanda riconosciuto loro risulta, pertanto, *implicito* e, per così dire, *strumentale* all'interesse *di merito* volto all'esito positivo della consultazione popolare. È lecito chiedersi, allora, in cosa si distinguerebbe tale posizione rispetto a quella, uguale e contraria, di chi fosse pregiudicato dall'eventuale abrogazione referendaria.

La presenza dei promotori nel giudizio, meno scontata di quanto a prima vista potrebbe sembrare, *esigerebbe* quali *naturali contraddittori* soggetti animati da interessi di eguale natura e spingerebbe verso la costruzione in termini propriamente contenziosi del procedimento in parola.

D'altro canto, l'intervento del Governo, proprio per la sua politicità, potrebbe più agevolmente ricondursi ad interessi concernenti la mera *ammissibilità* del quesito stesso e «chiamerebbe» come legittimi contraddittori soggetti qualificabili, secondo la terminologia di un'autorevole dottrina, come «forze politiche istituzionali» e «organismi dotati di forza politica» [113], partiti e formazioni sindacali, in primo luogo.

Le incertezze riscontrabili in dottrina e giurisprudenza sulla definizione di criteri selettivi di natura soggettiva scaturiscono, in sostanza, dall'ambigua caratterizzazione del contraddittorio previsto dall'art. 33, impostato come contrapposizione tra situazioni di interesse riconducibili in via diretta ed immediata l'una, in via solo strumentale e indiretta l'altra, alla pura ammissibilità del quesito referendario; risulta comprensibile allora che tanto chi si è mosso nella più stringente logica del contenzioso giurisdizionale [114], quanto chi ha visto nella disciplina del 1970 la volontà di costruire un contraddittorio «politico» [115] ha poi espresso, in un senso o nell'altro, accese critiche alla «chiusura» per lungo tempo manifestata dalla Corte dinanzi alle istanze di intervento in giudizio da parte di soggetti terzi.

La mancanza di indicazioni sulla natura dei soggetti ammessi ad intervenire in giudizio anche nella sentenza che ha «aperto» le porte a soggetti diversi dai soli legittimati *ex lege* appare, dunque, giustificata e, in un certo senso, inevitabile.

Preso atto della situazione, così come della probabile necessità, che in futuro potrebbe presentarsi, di trovare canoni selettivi di natura soggettiva

---

[113] Cfr. T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, ora ripubblicato in Id., *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2 ss.

[114] C. Mortati, *Istituzioni*, II, cit., p. 845 s.

[115] C. Mezzanotte, *op. cit.*, p. 973 ss.

quanto più possibile certi e determinati, si può tentare di svolgere, in conclusione, alcuni rilievi ricostruttivi.

La legittimazione all'intervento dovrebbe fondarsi, in sostanza, su due piani distinti, così come su diversi livelli sembrano poggiare gli interessi sottesi al contraddittorio formalizzato nell'art. 33, legge n. 352. Da un lato, non potrebbe negarsi l'accesso a soggetti che risultassero portatori di interessi *specificamente qualificati* in ordine all'oggetto della materia toccata dal *referendum*: il pensiero non può che correre agli Ordini dei giornalisti nel caso deciso con la citata sent. n. 38 del 1997, ma altre ipotesi sarebbero astrattamente configurabili e, in definitiva, non si potrebbe escludere nemmeno l'eventualità, pure in passato prospettata da C. Mortati [116], di un intervento del singolo individuo che rischiasse di subire dall'abrogazione referendaria un danno irreparabile ad un suo diritto; circostanza tutt'altro che teorica, riscontrabile, ad esempio, qualora oggetto della proposta di abrogazione fosse una legge-provvedimento.

Dall'altro lato, sul piano politico-costituzionale degli interessi relativi alla mera ammissibilità/inammissibilità del quesito referendario, andrebbe consentito (come pure la Corte ha fatto) l'ingresso delle memorie presentate, oltre che dai gruppi politici e dai partiti [117], anche da ordini, comitati e associazioni, pure privi di natura pubblicistica, ma rappresentativi sul piano politico e sociale e diretti alla tutela di interessi coinvolti dalla richiesta referendaria.

I parametri per la determinazione di tale rappresentatività dovrebbero, ancora una volta, essere prestabiliti, in modo chiaro, dalla stessa Corte costituzionale, possibilmente nel *corpus* delle norme integrative, al fine di permettere quel sindacato «secondo i casi» e non «secondo occasione», di cui si è detto in precedenza [118].

I due livelli di interessi legittimanti l'accesso potrebbero anche sovrapporsi, sicché l'intervento in giudizio verrebbe ad essere contemporaneamente giustificato dall'esistenza di specifiche situazioni qualificate in capo al soggetto richiedente e dalla stessa rappresentatività di quest'ultimo [119].

---

[116] C. Mortati, *Istituzioni*, II, cit., p. 844 s.

[117] Soggetti, peraltro, già ammessi *ex* art. 32, quinto comma, legge n. 352, ad intervenire nella fase di controllo di legittimità dinanzi all'Ufficio centrale per il *referendum*.

[118] La proposta di inserire nelle norme integrative i criteri di selezione dei partecipanti al giudizio di ammissibilità è stata avanzata, da ultimo, da R. Bin, *op. cit.*, p. 224 s.

[119] Altri soggetti potrebbero essere legittimati in forza di un criterio ulteriore, per così dire *di competenza*, in base al quale risulterebbero ammissibili memorie presentate da esperti nelle materie interessate dal *referendum* sottoposto all'esame della Corte. Ovviamente anche tale canone, in molti casi, finirebbe col sovrapporsi a quello dell'interesse pregiudicato; così nelle

Svolte le dovute valutazioni sul piano soggettivo, la Corte potrebbe, infine, passare all'esame della *rilevanza* delle memorie, requisito oggettivo necessario per acquisire formalmente agli atti le osservazioni prodotte, alle quali il giudice costituzionale sarebbe, così, in definitiva, chiamato a rispondere.

11. Conclusioni

Al termine dell'indagine, risulta opportuno fissare i punti principali delle considerazioni esposte.

Si è detto che il problema della natura del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo riveste un'importanza decisiva, più che sul piano delle possibili conseguenze pratiche cui la catalogazione dell'attività in questione potrebbe portare, sotto il profilo generale della stessa legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale nel sistema; anche nel contesto considerato, infatti, alla Corte non sarebbe dato rinunciare alla propria «giurisdizionalità» senza con questo abdicare alle ragioni della politica.

La questione relativa all'ampiezza del contraddittorio non potrebbe trovare soluzioni diverse dall'accoglimento delle altre classificazioni dell'attività svolta dalla Corte, prospettate dalla dottrina e volte ad escluderne la natura processuale; e ciò non solo per le indicate esigenze di ricondurre, in via tendenziale, alle forme e ai principi giurisdizionali le competenze del giudice costituzionale, al fine di salvaguardarne la legittimazione e la credibilità nel sistema, ma anche per ragioni attinenti, per così dire, al «macrocosmo» costituzionale, nel quale sarebbe riscontrabile, ormai da tempo, una generale tendenza alla «processualizzazione» dei procedimenti pubblici.

Tale fenomeno, più che da generiche esigenze d'imparzialità nell'esercizio delle funzioni istituzionali, deriverebbe dalla caratteristica sensibilizzazione al mondo del «fatto» avvertita, nella conformazione degli apparati pubblici, dalle moderne democrazie costituzionali.

Ciò posto, la qualificazione del giudizio di ammissibilità come procedimento amministrativo rischierebbe di risultare inutile, oltre che incongrua, data la logica tendenzialmente giurisdizionale cui sembrerebbe essersi orientata la stessa legge n. 241 del 1990 nella disciplina degli interventi nei procedimenti amministrativi: dalla suddetta logica, in sostanza, non sarebbe dato allontanarsi.

---

ipotesi di *referendum* su leggi istitutive di ordini professionali, ad esempio, gli ordini stessi sarebbero doppiamente legittimati in quanto titolari di interessi coinvolti dall'eventuale abrogazione referendaria e, nel contempo, soggetti competenti nella materia in questione.

La questione acquista nuovo smalto alla luce dell'indiscriminata «apertura» operata dalla sent. n. 31 del 2000 nei confronti di soggetti non ammessi, in precedenza, a partecipare al giudizio di ammissibilità del *referendum*; tale pronunzia, come si è visto, suscita inquietanti interrogativi sul destino dello strumento di democrazia diretta.

Il problema lasciato irrisolto dalla decisione in parola è proprio quello dei criteri di selezione degli intervenienti diversi dai soggetti legittimati *ex* art. 33, terzo comma, legge n. 352 del 1970.

L'esame del contraddittorio formalizzato in tale articolo mostra la natura duplice delle posizioni di interesse coinvolte; proprio il carattere «imperfetto» di tale contraddittorio sta alla base delle difficoltà rinvenute nella risoluzione del problema; e, tuttavia, prendendo atto della situazione, sarebbe opportuno che la partecipazione venisse consentita sia ad organismi rappresentativi sul piano politico e sociale, che a soggetti portatori di interessi minacciati, in modo diretto e senza garanzia alcuna di successiva compensazione in ulteriori sedi giudiziarie, da parte dell'eventuale abrogazione referendaria.

La responsabilità del Capo dello Stato tra sovranità popolare, globalizzazione e cosmopolitismo

di *Fiammetta Salmoni*

1. Il passaggio dal vecchio al nuovo millennio si è caratterizzato – tra le altre cose – per l'aver fissato, in sede giurisprudenziale, alcuni importanti principi sul tema delle immunità di cui godono le più alte cariche dello Stato [1]: immunità, improcedibilità, insindacabilità delle opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni, questioni classiche del diritto costituzionale, che per lungo tempo hanno impegnato la più autorevole dottrina in appassionati dibattiti circa l'estensione di queste prerogative, ma che sembravano ormai «passate di moda» da diverso tempo. E invece, quasi inaspettatamente, da una parte, la Corte di cassazione si è fatta carico di risolvere il problema dei «limiti dell'immunità del Presidente della Repubblica» [2]; dall'altra, la Corte costituzionale, quello dei limiti all'insindacabilità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari [3].

Lasciando da parte quest'ultimo problema – per la cui analisi si rinvia ai recenti contributi dottrinali – [4], va invece sottolineato come, di fatto, la giuri-

---

[1] La «vera novità», come affermato in dottrina, «non è tanto il giudice, divenuto nuovo attore politico, quanto gli uomini politici che sono ora soggetti alla giustizia». Così A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 21.

[2] Cfr. Cass., III sez. civ., 27 giugno 2000, n. 8733 e 8734.

[3] Cfr. Corte cost. 11 gennaio 2000, n. 10 e 11, in *Giur. cost*., 2000, p. 70 ss., con osservazioni di A. PACE, *L'art. 68, primo comma, Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentt. nn. 10 e 11 del 2000*, *ivi*, p. 85 ss. Sull'immunità dei parlamentari, si vedano gli Atti del Seminario Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali, Roma, Palazzo della Consulta, 31 marzo-1° aprile 2000, in particolare gli Interventi di A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e «diritto politico»* e di A. PACE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*.

[4] Oltre agli Autori citati nella nota precedente si vedano altresì i contributi della dottrina in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il «caso Previti». Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 1 ss.

sprudenza della Suprema Corte si innesti sulla scia di una tendenza generalizzata e diffusa che, negli ultimi tre anni, ha visto pronunciarsi sui medesimi problemi – seppure prendendo spunto da circostanze tutt'affatto diverse – anche la Corte suprema statunitense [5], il Conseil constitutionnel francese [6], la Corte suprema cilena [7] e la High Court inglese [8].

Ed è davvero singolare che proprio nell'era della globalizzazione dell'economia si torni a discutere dell'estensione dell'immunità del capo dello Stato, quasi a voler rimarcare il profondo cambiamento subito, sul finire del secondo millennio, dal concetto di sovranità [9]. Mentre i confini dello Stato sovrano si dissolvono lasciando il passo ad un sovrano globale che si legittima in termini di rendimento economico invece che di rendimento democratico, il ruolo del Presidente della Repubblica cambia. Questi, considerato dapprima come la personificazione dello Stato [10], come «la sua incarnazione vivente (…) e perciò come il potenziale titolare di tutti i poteri statali nel cui nome o per cui conto questi ultimi sono esercitati da altri organi» [11]; diventato, nell'era della sovranità popolare (per opinione pressoché unanime, sia pure con alcune sostanziali sfumature, sulle quali torneremo più avanti) il garante dell'unità e della continuità della Costituzione, stenta, oggi, nell'era del *sovrano transnazionale e tecnologico*, a trovare una nuova collocazione nel sistema.

Alla luce di queste considerazioni, l'alternativa tra Presidente della Repubblica struttura garante o struttura governante (*tertium non datur*), sembra

---

[5] Cfr. Corte Suprema USA 27 maggio 1997, n. 95-1853.

[6] Cfr. Conseil constitutionnel 22 gennaio 1999, n. 98-408 DC.

[7] Cfr. Corte Suprema cilena 4 agosto 2000.

[8] Anche se, in quest'ultimo caso, la *High Court* non si è pronunciata «direttamente» sulla responsabilità giuridica del capo dello Stato, ma soltanto sulla richiesta di estradizione del Presidente della Repubblica cileno, avanzata dalle autorità giudiziarie del suo Paese. Si vedano, comunque, *infra*, la nota 20 e par. 8.

[9] Sulle vicende della sovranità, si vedano, tra i moltissimi M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano, 1951; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost*., 1996, p. 138 ora in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, II, p. 731 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost*., 1996, p. 3 ss.; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 29 ss.; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997. Sul concetto di sovranità ed il suo collegamento con il territorio, specie con riferimento all'ordinamento francese, I. CIOLLI, *Territorio, rappresentanza, bicameralismo. Riflessioni a partire dall'esperienza francese*, Roma, ed. provv., 2000, p. 2 ss.

[10] Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1994, p. 201 ss.

[11] Cfr. A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, II, p. 224.

essere riduttiva delle potenzialità dell'organo [12]. Riduttiva non nel senso che al capo dello Stato vada riconosciuta una funzione di politica attiva più accentuata di quanto non sia ove gli si riconoscano compiti di garanzia o di governo, ma nel senso che ricostruire il suo ruolo tenendo presente esclusivamente la suddetta alternativa non pone nella dovuta considerazione il fatto che possono esistere, e di fatto esistono, strade diverse per configurarne la posizione nel sistema. Strade dai contorni definiti in maniera meno netta ma proprio per questo, forse, più rispettose del dettato costituzionale che, sul punto, è noto, è piuttosto ambiguo [13].

2. È evidente che l'evoluzione storica subita dal ruolo del capo dello Stato ha influenzato anche la concreta estensione delle sue prerogative. Al principio monarchico, cui corrispondeva l'idea di un capo dello Stato come organo sovrano, collocato in posizione preminente rispetto agli altri organi costituzionali, si è sostituito il principio repubblicano, cui corrisponde l'idea di un capo dello Stato «organo tra gli organi», *primus inter pares*, soggetto al pari degli altri alla Costituzione [14]. Di conseguenza, ad un capo dello Stato «inviolabile» – come previsto dall'art. 4 St. alb. –, totalmente immune dalla legge penale e quindi assolutamente irresponsabile [15] ed «esente da giurisdizio-

---

[12] Nel medesimo senso, A. Di Giovine, *Dieci anni di presidenza della Repubblica*, in M. Luciani-M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 76; nonché E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1997, p. 28. L'alternativa, è noto, fu prospettata in questi termini da S. Galeotti, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-27 ottobre 1984, Giuffrè, Milano, 1985, p. 17 ss.

[13] Così, L. Paladin, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, XXXV, p. 167; E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica. Art. 89*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1983, II, p. 108; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, XIX, p. 660; P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958.

[14] Cfr. F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1963, I, p. 398, che assimila la distinzione tra principio monarchico e principio repubblicano a quella tra «preminenza in posizione» e «preminenza in funzione» dell'organo capo dello Stato. La prima comporterebbe il riconoscimento di una posizione preminente al capo dello Stato rispetto ad ogni altro organo costituzionale; la seconda, il riconoscimento di una posizione paritaria di tutti gli organi costituzionali. Il capo dello Stato, quindi, si differenzierebbe dagli altri organi costituzionali soltanto in forza delle particolari funzioni ad esso attribuite dalla Costituzione.

[15] Cfr. E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Torino, 1922, p. 22, che concepisce l'immunità del capo dello Stato come un attributo che consegue alla «regalità nel complesso sociale storico ed etico che rappresenta». Sul concetto di immunità cfr. A. Pagliaro, *Immunità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, XX, p. 213 ss. il quale, fatta ecce-

ne»[16], si sostituisce un capo dello Stato la cui irresponsabilità è circoscritta *ratione materiae* e limitata alla durata del mandato presidenziale[17]. L'irresponsabilità *ratione personae*, tipica delle monarchie, non è più concepibile in ordinamenti, come il nostro, dove è invece costituzionalmente sancita l'origine popolare della sovranità[18]. Un'irresponsabilità oggettivata nella Costituzione che ne definisce e circoscrive il ruolo, quindi, e non personificata nella sacralità dell'istituzione regia[19]. Una differenza fondamentale, questa, per ricostruire correttamente l'istituto dell'immunità del capo dello Stato, istituto consustanziale al principio monarchico, ma non a quello repubblicano[20], il quale, invece, si fonda, e non può che fondarsi, sul sostanziale principio di uguaglianza[21]. Una differenza che va ribadita e sottolineata senza tuttavia incorrere nell'errore, nel quale – come è stato autorevolmente avvertito in dottrina – spesso si cade nel trattare di questo argomento, di «assimilare inavvertitamente» la posizione del capo dello Stato nelle monarchie e nelle repubbliche[22].

Quanto poi siano differenti le prospettive dalle quali riguardare il proble-

---

zione per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, non ritiene sussistere «alcuna esenzione dalla giurisdizione o dagli atti coercitivi di polizia».

[16] Così V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984, p. 457.

[17] *Contra*, E. Crosa, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 91 ss. Sull'immunità del capo dello Stato, si veda anche S. Antonelli, *Le immunità del Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 14 ss.

[18] Nel medesimo senso, cfr. A. Pace, *Le forme extrapenali di responsabilità del capo dello Stato*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 377 ora in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 994 ss.

[19] Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975, I, pp. 540-541. Sul punto A. Pace, *Le forme extrapenali*, cit., p. 377.

[20] La differenza di posizione tra monarchie e repubbliche riguardo all'immunità del capo dello Stato si riflette ancora oggi sull'atteggiamento delle corti di giustizia inglesi. Si veda, a tale proposito, la «sensazionale» sentenza pronunciata dalla *High Court* inglese il 28 ottobre 1998 la quale, adita dal generale Pinochet per giudicare della legittimità del suo arresto da parte delle autorità di pubblica sicurezza britanniche (avvenuto il 16 ottobre 1998) ha affermato che «Il ricorrente gode, come tutti i capi di stato, dell'immunità da azioni civili e penali (…) Un capo di Stato gode di una completa immunità da reati penali commessi nell'esercizio delle pubbliche funzioni».

[21] Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, 13, nota 6. Sul principio di uguaglianza, si vedano, *ex plurimis*, L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1966; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padova, 1984; A. Cerri, *Uguaglianza*, in *Enc. giur.*, 1994.

[22] Così, giustamente, L. Carlassare, *Il Presidente della Repubblica. Art. 90*, in *Commentario della Costituzione*, cit., II, p. 154. Si veda sul punto anche G.U. Rescigno, *Il Presidente della Repubblica. Art. 83*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1978, I, p. 7 ss.

ma dell'irresponsabilità del capo dello Stato è evidente sol che si ponga l'attenzione, sia pure incidentalmente, sulle Costituzioni ottocentesche di stampo liberale. Si pensi, ad esempio, alla differenza tra quanto disposto nella Costituzione del Regno delle due Sicilie del 1848 e nella Costituzione della Repubblica romana dell'anno successivo [23]. La prima, dopo aver proclamato solennemente che «il re è il capo supremo dello Stato: la sua persona è sacra e inviolabile, e non soggetta ad alcuna specie di risponsabilità» (art. 63) prevedeva la controfirma ministeriale sugli «atti di ogni genere sottoscritti dal Re» (art. 72). Con la conseguenza che i ministri erano sempre responsabili (art. 71) e che la camera dei deputati aveva il «diritto» di metterli in stato d'accusa mentre la camera dei pari aveva «esclusivamente la giurisdizione di giudicarli» (art. 74).

La seconda, invece, dopo aver disposto che «ogni potere viene dal popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario» (art. 15), dopo cioè aver escluso l'esistenza di un soggetto qualificabile come «capo dello Stato» distinto dal vertice dell'esecutivo (per cui il supremo organo esecutivo assommava in sé sia le funzioni di governo che quelle di capo dello Stato) [24], stabiliva che l'esecutivo era composto da una presidenza collegiale (il consolato) eletta dall'Assemblea a maggioranza di due terzi, e dai ministri [25]. Affermava, poi, perentoriamente che «i consoli e i ministri sono

---

[23] Le si veda in A. Acquarone-M. d'Addio-G. Negri (a cura di), *Le Costituzioni italiane*, Edizioni di Comunita, Milano, 1958. Si pensi che quando nel febbraio del 1947 Meuccio Ruini presentò il progetto di Costituzione all'Assemblea, nella relazione che accompagnava il progetto ricordò che «per la prima volta nella sua storia il popolo italiano riunito a Stato nazionale, si dava direttamente e democraticamente la propria Costituzione (…) tranne una sola luminosa eccezione, la Costituzione romana di Mazzini alla quale noi ci vogliamo idealmente ricongiungere». Sulla Costituzione della Repubblica romana cfr. G. Galasso, *La Costituzione della Repubblica Romana del 1849*, Relazione alla giornata celebrativa organizzata dall'Accademia Nazionale dei Lincei su *Il centocinquantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica romana del 1849*, Roma, 3 luglio 1999; S. Lariccia, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Giur. cost*., 1999, p. 453 ss. Per un profilo particolare, si veda M. Luciani, *I diritti e i doveri fondamentali*, Relazione al Convegno *La Costituzione della Repubblica romana del 1849*, Palazzo della Consulta, Roma, 22 dicembre 1999.

[24] Si noti la somiglianza con il regime direttoriale svizzero, su cui si veda C. Mortati, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 340 ss., che sottolinea la «particolare accentuazione conferita al principio della sovranità popolare» dall'ordinamento svizzero. Anche nella Repubblica romana il principio della sovranità popolare era particolarmente accentuato nel suo art. 1, che disponeva «La sovranità, è per diritto eterno *nel* popolo. Il popolo dello Stato Romano è costituito in Repubblica democratica».

[25] Si tenga presente che, come sottolinea S. Lariccia, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 464, l'affermazione del Saliceti, secondo il quale «dire Repubblica democratica pura significa il dire Repubblica dove non è frammisto alcun elemento aristocratico, alcun elemento monarchico», rivela «la consapevolezza che i costituenti della Repubblica romana ave-

responsabili» (art. 43), «possono essere posti in stato d'accusa dall'Assemblea sulla proposta di dieci rappresentanti» (art. 44) e che «ammessa l'accusa, il console è sospeso dalle sue funzioni. Se assoluto, ritorna all'esercizio della sua carica, se condannato, passa a nuova elezione» (art. 45) [26].

Si sono presi volutamente a modello un esempio di monarchia e un esempio di Repubblica risalenti ad un'epoca storica diversa dalla nostra, all'epoca in cui i principi dello Stato liberale di diritto cominciavano a radicarsi, dopo qualche difficoltà iniziale, anche nel nostro Paese. Eppure il principio monarchico e quello repubblicano hanno, allora come ora, la medesima conseguenza sul piano della responsabilità del capo dello Stato: immunità totale nel primo caso, responsabilità (che può essere variamente interpretata, ma è pur sempre responsabilità), nel secondo.

Questa è una conclusione che, nella sua ovvietà, quando non banalità, va tuttavia ribadita con vigore, perché il solo fatto di passare dalla monarchia alla Repubblica comporta, come si è visto, un cambiamento importante nel modo di intendere la responsabilità (giuridica ma anche politica) del capo dello Stato, cambiamento che, oltretutto, non è affatto legato alla maggiore o minore «quantità» di potere nelle sue mani [27], ma alla residenza della sovranità nel monarca *superiorem non recognoscens* o nel popolo o (come più avanti vedremo) in altro ancora [28].

---

vano dell'importanza di ritenere collegati i due principi, quello repubblicano e quello democratico».

[26] Il 9 febbraio del 1849 la Costituente romana con 120 voti favorevoli, 10 contrari e 12 astenuti, proclamava: «Il Papato è decaduto di fatto e di diritto dal governo temporale dello Stato Romano. Il Pontefice avrà tutte le guarentigie necessarie per l'indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale. La forma del governo dello Stato Romano sarà la democrazia pura, e prenderà il glorioso nome di Repubblica Romana. La Repubblica Romana avrà col resto d'Italia le relazioni che esige la nazionalità comune». Proclamata la Repubblica, bisognava darle un governo e l'Assemblea scelse la forma del Triumvirato, affidando il potere esecutivo ad Armellini, Montecchi e Saliceti, avvocati i primi due, professore di diritto e mazziniano convinto il terzo. Il Triumvirato era affiancato da un Ministero, a capo del quale fu nominato monsignor Muzzarelli. L'avventura della Repubblica Romana si concluse definitivamente il 4 luglio 1849, quando le truppe francesi, al comando del generale Oudinot, invasero le sale dell'Assemblea, ordinandone lo scioglimento. La Costituzione romana era stata approvata il 2 luglio 1849 all'unanimità dall'Assemblea costituente e promulgata il 3 in Campidoglio mentre le prime avanguardie francesi entravano in Roma.

[27] In Italia, per tale opinione, cfr. per tutti G.U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1988, XXXIX, p. 1365 ss. *Contra*, A. Pace, *Le forme extrapenali*, cit., p. 381 ss.

[28] Su come conciliare il principio della sovranità popolare con quello della sovranità statale nella Costituzione italiana, cfr., per tutti, V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Cedam, Padova, 1957, I, p. 409 ss.

3. La profonda differenza tra principio monarchico e principio repubblicano nell'inquadramento della figura del capo dello Stato nel nostro ordinamento emerge sin dall'adozione del D.L.Lgt. 25 giugno 1944, n. 151, emanato dal governo Bonomi a pochi giorni di distanza dalla liberazione di Roma, il quale, al suo art. 1, primo comma, stabiliva che «dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale, diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova Costituzione dello Stato». L'Assemblea Costituente cioè avrebbe dovuto non soltanto elaborare la nuova Carta costituzionale ma si sarebbe dovuta occupare anche della c.d. questione istituzionale scegliendo tra monarchia e Repubblica [29].

Durante il primo gabinetto De Gasperi, invece, il D.Lgs.Lgt. 16 marzo 1946, n. 98, che modificava e integrava la precedente normativa, devolvette direttamente al popolo anche tale scelta, stabilendo al suo art. 1 che «contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente il popolo sarà chiamato a decidere mediante *referendum* sulla forma istituzionale dello Stato» [30]. Tale decisione, come è stato rilevato, implicò il «definitivo travolgimento del carattere monarchico-rappresentativo su cui si era storicamente fondato lo Statuto» [31] albertino, giacché anche se «la scelta popolare si fosse

---

[29] Cfr. E. Di Nolfo, *Le paure e le speranze degli italiani (1943-1953)*, Mondadori, Milano, 1986, pp. 108-110 che afferma «nella redazione stessa del decreto n. 151 vi era una voluta ambiguità destinata consciamente a rinviare tutte le decisioni realmente importanti. Bonomi fu sempre lucidamente consapevole di questa ambiguità, che tenne invece celata ai lettori più frettolosi del decreto. Agli inizi di luglio egli incontrò Ellery Stone, un americano dai sentimenti molto conservatori, che fungeva allora da capo della Commissione alleata di controllo, e gli spiegò che l'apparenza secondo la quale il governo avesse adottato una certa procedura per eleggere un'Assemblea costituente alla quale era demandato il compito di decidere se l'Italia sarebbe diventata una Repubblica o rimasta una monarchia era del tutto fallace. Il governo, affermava testualmente Bonomi, «non aveva ancora deciso e non aveva al momento alcuna intenzione di decidere se la decisione avrebbe dovuto esser presa mediante un referendum popolare o mediante l'elezione di delegati a un'Assemblea costituente, il compito della quale avrebbe dovuto essere dunque quello di decidere prima la forma istituzionale dello stato e poi di redigere la nuova costituzione». Tutto ciò che il governo aveva voluto fare era stato di riaffermare la propria volontà di assicurare il futuro diritto di scelta del popolo italiano, di scegliere la forma di governo gradita; e l'impegno di far eleggere un'Assemblea costituente». Sul punto, si veda anche P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 31 ss.

[30] Mentre il D.Lgt. n. 99, sempre del 16 marzo, fissava le norme per la contemporanea effettuazione delle votazioni per il referendum e l'assemblea costituente, quest'ultima da eleggersi con sistema proporzionale (D.Lgs.Lgt. 10 marzo 1946, n. 74).

[31] Così C. De Fiores, *Monarchia, partiti e popolo nel periodo provvisorio (1943-44)*, in C. Franceschini-S. Guerrieri-G. Monina (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti

manifestata favorevole alla monarchia, questa non sarebbe più stata la stessa che aveva regnato sino a quel momento, perché avrebbe tratto la propria legittimazione dalla volontà popolare, anziché da un titolo dinastico»[32].

E così il 2 giugno 1946 si votò per scegliere tra la monarchia e la Repubblica[33]. L'affluenza alle urne fu altissima: votarono 24.946.878 di italiani, pari all'89,1 per cento degli aventi diritto. I voti a favore della Repubblica, dopo i controlli, risultarono essere 12.718.641, pari al 54,3 per cento dei voti validi; a favore della monarchia si erano invece espressi 10.718.502 elettori, pari al 45,7 per cento[34]. I risultati furono proclamati il 10 giugno 1946 dalla Corte di cassazione riunita in seduta solenne presso la Sala della Lupa in Palazzo Montecitorio, e subito dopo il Presidente del Consiglio Alcide De Gasperi assunse le funzioni di capo provvisorio dello Stato[35].

La scelta della forma repubblicana, dunque, fu «preliminare e radicale». Preliminare perché sancita dal popolo nel referendum del 2 giugno, con la conseguenza che l'Assemblea costituente fu «chiamata ad operare sopra un tema ormai prefissato»; radicale perché il ritorno alla monarchia nel nostro ordinamento, giusta il disposto dell'art. 139 Cost., non è ipotizzabile se non attraverso un nuovo referendum istituzionale[36]. E fu tanto preliminare e radicale che uno dei più autorevoli Costituenti, Piero Calamandrei, alcuni anni più tardi, nel tirare le somme su quanto della Costituzione era stato attuato e

---

del Convegno di studi, Roma, 19, 20 e 21 ottobre 1995, Presidenza del Consiglio, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997, p. 469.

[32] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 127.

[33] Su questo delicatissimo passaggio della nostra storia istituzionale, cfr. A. GAMBINO, *Storia del dopoguerra. Dalla liberazione al potere DC*, Laterza, Roma-Bari, 1988, p. 215 ss.; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Laterza, Roma-Bari, 1991, p. 389 ss.; G. MARANINI, *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, con la prefazione di A. Panebianco, Corbaccio, Milano, 1995, p. 315 ss.; C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in *Italia 1945-1950. Le origini della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 1974, p. 267 ss.

[34] La scheda per il referendum istituzionale proponeva all'interno la scelta fra i simboli della Repubblica e della monarchia: per la Repubblica due fronde intrecciate di quercia e di alloro con al centro la donna turrita, che già raffigurava l'Italia sul francobollo da quattro lire, per la monarchia lo stemma sabaudo sormontato da una corona. Per i comuni della zona mistilingue dei collegi di Trento ed Udine venne adottata una scheda bilingue. Cfr. E. DI NOLFO, *Le paure e le speranze degli italiani*, cit., pp. 108-110.

[35] Il primo luglio del 1946, come noto, De Gasperi trasmise i poteri a Enrico De Nicola eletto dalla Costituente capo provvisorio dello Stato.

[36] Tali considerazioni sono tratte dalla memoria presentata dagli avvocati G. Bevivino, F. Sorrentino e M. Luciani, nel ricorso per Cassazione proposto dall'on. Pierluigi Onorato contro l'ex Presidente della Repubblica Francesco Cossiga, per l'annullamento della sent. n. 1263 del 1997 della Corte d'appello di Roma, del 12 marzo 1997, cui si è già accennato e sulla quale torneremo, *infra*, par. 7.

quanto no, affermò che «l'unica rivoluzione effettivamente già compiuta, della quale la nuova Costituzione doveva dare atto in formule giuridiche, era la caduta della monarchia» [37].

Una volta optato per la forma repubblicana, toccò ai Costituenti dover affrontare il nodo della scelta della forma di governo che, ben presto, si concentrò sull'alternativa tra presidenzialismo e parlamentarismo [38]. A risolvere tale questione provvide la Seconda sottocommissione della Commissione dei settantacinque dell'Assemblea costituente che, il 3 settembre 1946, approvò l'ordine del giorno Perassi [39]. Che la posizione ed il ruolo del capo dello Stato nell'attuale sistema costituzionale siano il risultato dell'approvazione di questo famoso ordine del giorno è, dunque, incontestabile [40]. La sua formula conclusiva stabiliva, infatti, che «la seconda sottocommissione (…) ritenuto che né il tipo di governo presidenziale, né quello di governo direttoriale, risponderebbe alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare, da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo» [41].

---

[37] Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Laterza, Bari, 1955, ma ora Giuffrè, Milano, 2000, pp. 5-6.

[38] Cfr. P. BARILE, *Dalla Resistenza alla Costituzione*, in G. NEPPI MODONA, *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 6-7, che afferma «in quell'epoca, (l'Autore si riferisce al periodo immediatamente successivo all'esito del referendum istituzionale) noi del partito d'Azione pensavamo che la forma di Stato più adatta per l'Italia dovesse appunto essere una Repubblica di tipo presidenziale, soprattutto per una ragione fondamentale: dato che una delle cause del fascismo era certamente stata il cosiddetto "parlamentarismo", cioè la crisi e la dissoluzione del regime parlamentare classico, bisognava impedire che si riproducessero forme di parlamentarismo analoghe a quelle che avevano prodotto o, perlomeno, contribuito a produrre il fascismo».

[39] Sul retroterra ideale, storico e giuridico della Costituente, cfr. E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, nonché in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 36 ss.; U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1980; R. RUFFILLI (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979; G. SMATO-F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti alla Assemblea Costituente*, in *Quaderni cost*., 1981, ora in *Scritti in onore di E. Tosato*, III, Giuffrè, Milano, 1984; P. PERMOLI, *La Costituente e i partiti politici italiani*, Cappelli, Bologna, 1966; V. ONIDA, *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo costituente e sulla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1991; L. ELIA, *La Commissione dei 75, il dibattito costituzionale e l'elaborazione dello schema di Costituzione*, in *Il Parlamento italiano. Storia parlamentare e politica dell'Italia*, Nuova CEI, Roma, 1989, XIV, p. 134 ss.; N. BOBBIO, *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana,* Donzelli, Roma, 1996.

[40] Cfr. A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 101 ss.

[41] *Atti ass. cost.*, II sottocommissione, 4-5 settembre 1946, p. 917. Questa citazione, come

4. La scelta per la forma repubblicana seguita da quella per la forma di governo parlamentare si sono rivelate decisive per determinare la portata dell'irresponsabilità presidenziale nell'attuale sistema costituzionale. Anche l'art. 90 Cost., infatti, che – come noto – prevede la «non responsabilità» del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni fatta eccezione per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, è frutto di quelle scelte [42]. Non si dimentichi che questo articolo in ori-

---

le altre che seguiranno, sono tratte dalla edizione dei lavori preparatori della Costituzione, in otto volumi, curata dal Segretario generale della Camera dei deputati nel dicembre 1970 e ristampata nel 1976, dal titolo *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*.

Quando la discussione sulla forma di governo arrivò alla Commissione dei settantacinque, il suo Presidente Meuccio Ruini, tratteggiando lucidamente la differenza tra il regime parlamentare statutario, dove era prevalso il principio monarchico, e quello parlamentare che si voleva adottare, dove avrebbe dovuto prevalere il principio democratico (o repubblicano, per dirla «alla» francese), affermò riassuntivamente «lo Stato parlamentare era un edificio a due piloni. Vi era il pilone della monarchia tradizionale (...). Dall'altra parte avevamo il pilone del parlamento, che usciva dall'elezione e dalla volontà popolare. Fra i due piloni si lanciava un arco di ponte che era il Gabinetto ministeriale. (...) Uno di questi piloni, il regio, è crollato. (…) Che cosa bisogna fare? Ristabilire in altra forma, democraticamente, il pilone crollato; ed allargare le fondamenta della casa rinsaldandole ed affondandole sempre più nella sovranità popolare. (…) Noi vogliamo ricordare e subordinare tutti gli organi dello Stato alla sovranità popolare. (…) L'immagine del pilone caduto, da cui mi son mosso e che è motivo ricorrente nel mio discorso, induce all'elezione popolare, per sostituire, in quanto è democraticamente e repubblicanicamente ammissibile quel vecchio pilone». Anche se poi aggiunse «vi è, in Europa, una resistenza irriducibile al governo presidenziale, per il temuto spettro del cesarismo». Ruini proseguì auspicando l'elezione popolare diretta del capo dello Stato, affermando «Vi sono, oltre al parlamento, altri organi che emanano, per elezione diretta o almeno indiretta, dalla volontà popolare come il capo dello Stato. (...) La Commissione ha respinto la forma del governo presidenziale di tipo americano, dove il capo dello Stato è il capo del governo, ossia di tutto il potere esecutivo. (…) Il capo dello Stato non deve essere dunque, il capo del governo; ma ciò non esclude a priori che possa essere eletto direttamente dal popolo. (...) È proprio la discrasia, la polverizzazione, l'oscillante incertezza dei partiti – ed il fatto che il più degli italiani son fuori partito – a rendere opportuno il ricorso all'elezione popolare, perché il capo dello Stato abbia l'autorità ed il prestigio nell'instabilità dei Governi e nella mutevolezza dei partiti, di rappresentare qualcosa di più solido e più alto». Cfr. *Atti ass. cost.*, seduta pom. del 19 settembre 1947, pp. 2953-2954. Si veda anche, sul punto, la *Relazione* del Presidente della Commissione al progetto di Costituzione della Repubblica italiana, *Atti ass. cost.*, p. LXXXII; nonché U. De Siervo, *Il quadro storico-giuridico e i principi ispiratori della Costituzione*, Relazione al Seminario sul tema *Costituzione e Repubblica*, 28/29 aprile 1997, *paper*, p. 8.

[42] Sull'art. 90 Cost. e sul fatto che il fondamento delle fattispecie penali da esso previste è il medesimo disposto costituzionale, si veda oltre a L. Carlassare, *Art. 90*, cit., p. 165 ss.; S. Galeotti-B. Pezzini, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1996, p. 449; G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1987, XXXVIII, p. 1165 ss.; G. Zagrebelsky, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 904 ss.

gine era parte insieme all'art. 89 Cost. di un unico articolo poi diviso, l'85, il quale disponeva che «nessun atto del Presidente della Repubblica é valido se non é controfirmato dal Primo Ministro e dai Ministri competenti che ne assumono la responsabilità. Il Presidente della Repubblica non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per violazione della Costituzione. In tali casi può essere messo in istato di accusa dall'Assemblea Nazionale a maggioranza assoluta dei suoi membri» [43].

Anche questa circostanza, come già esaurientemente analizzato in dottrina, non è priva di significati: il Presidente non è – né politicamente né giuridicamente – responsabile per gli atti posti in essere nell'esercizio delle proprie funzioni, perché la responsabilità è dei ministri controfirmanti e perché dal combinato disposto degli artt. 89 e 90 si evince «l'intento di tenere il capo dello Stato *fuori* della funzione di governo» [44]. D'altronde, come lo stesso Tosato affermò in occasione della votazione dell'*ex* art. 85, al Presidente della Repubblica si era cercato di dare «una certa consistenza, sia pure limitata a quella di essere guardiano e custode della costituzione. Era logico, quindi, che partendo da questo concetto, si rendesse il Presidente responsabile per violazione della Costituzione» [45].

A fronte di alcune proposte miranti a garantire al capo dello Stato l'assoluta improcedibilità delle sue azioni in sede penale e civile durante il settennato – dalle quali si poteva dedurre una propensione a valutarne il ruolo in chiave governante – [46], ve ne erano altre, per cui il Presidente doveva essere responsabile per i reati di alto tradimento, violazione della costituzione e vio-

---

[43] *Atti ass. cost*., seduta pom. del 23 ottobre 1947, p. 3492 ss. Sulla controfirma ministeriale, C. Esposito, *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano, 1962, che riproduce, integrandola, la voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir*., Giuffrè, Milano, 1962, X, p. 285 ss.; M. Midiri, *La controfirma ministeriale*, Cedam, Padova, 1988.

[44] Cfr. L. Carlassare, *Art. 90*, cit., p. 155.

[45] *Atti ass. cost*., seduta pom. del 23 ottobre 1947, p. 3496.

[46] L'assemblea, com'è noto, respinse tanto la proposta, formulata dall'on. Bettiol, di approvare un articolo aggiuntivo secondo il quale «il Presidente della Repubblica, mentre dura in carica, non può essere perseguito per violazioni alla legge penale commesse fuori dell'esercizio delle sue funzioni» (*Atti ass. cost.*, seduta ant. del 24 ottobre 1947, p. 3511), tanto l'articolo aggiuntivo presentato dall'on. Monticelli ai sensi del quale «il Presidente della Repubblica non può essere sottoposto a procedimento penale durante l'esercizio delle sue funzioni» (*Atti ass. cost*., seduta ant. del 24 ottobre 1947, p. 3512), tanto, infine, l'articolo aggiuntivo presentato dalla Commissione (e fatto proprio dall'on. Monticelli) ai sensi del quale «il Presidente della Repubblica non può, mentre è in carica, essere sottoposto a procedimento penale per fatti estranei all'esercizio delle sue funzioni» (*Atti ass. cost*., seduta ant. del 24 ottobre 1947, p. 3516).

lazione delle leggi penali [47], ed altre, infine, che prevalsero, per cui «per ragioni di opportunità e di convenienza» non si ritenne di dover determinare alcunché circa la responsabilità penale del capo dello Stato per reati comuni [48]. Anche perché, come ebbe ad affermare Ruini, «dopo aver parlato della irresponsabilità negli atti d'ufficio, non si dice nulla di quelli fuori ufficio» dunque «si deve ritenere per essi la responsabilità» [49]. Fu quindi accolta, sin da queste prime battute, la regola generale per cui «il principio di responsabilità nel diritto moderno non richiede di esplicita affermazione, discendendo dai principi generali, mentre eventuali limitazioni rispetto ad esso devono venire esplicitamente sancite» [50].

5. È evidente, dunque, che il regime della responsabilità del capo dello Stato è derivato da come l'Assemblea costituente ha delineato la posizione di tale organo nel sistema costituzionale. Ciò detto, va tuttavia chiarito che il ripudio dei Costituenti per la Repubblica presidenziale non ha mai avuto il significato di fare del Presidente della Repubblica un «Presidente travicello», come ironicamente paventava Orlando. Ha invece comportato il favore per una figura del capo dello Stato garante e custode della Costituzione, per una figura, cioè, da una parte *meno* forte di quanto non lo fosse nelle Repubbliche presidenziali, dall'altra, *più* forte di quanto non lo fosse nelle Repubbliche parlamentari pure [51].

---

[47] Così Perassi, *Atti ass. cost.*

[48] Si veda l'intervento di Tosato, in *Atti ass. cost.*, II Sottocommissione, I Sezione, 4 gennaio 1947, p. 1769 ss.

[49] Cfr. *Atti ass. cost.*, seduta ant. del 24 ottobre 1947, p. 3514. Lo stesso Tosato, interrogato dall'on. Bozzi circa la responsabilità dei reati extrafunzionali, affermò, «abbiamo discusso la questione in sede di Commissione (…) Si tratta di reati compiuti dal Presidente fuori dall'esercizio delle sue funzioni. È evidente che per questi reati egli è responsabile. Questo almeno il punto di vista della Commissione. Ma noi abbiamo egualmente ritenuto inopportuno sia stabilire l'improcedibilità verso il Presidente durante il periodo del suo mandato, sia assimilare a questo proposito il Presidente ai membri delle Camere, attribuendogli le medesime immunità». Cfr. *Atti ass. cost.*, seduta pom. del 23 ottobre 1947, p. 3499.

[50] Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 596.

[51] «È quindi un luogo comune quello che vuole che i nostri costituenti abbiano inteso creare un Presidente debole. Essi intesero piuttosto creare un governo parlamentare a maglie larghe, affidato per la sua effettiva determinazione alla pratica applicativa, entro cui il parlamento avrebbe dovuto essere sufficientemente libero nella individuazione della maggioranza di governo, ma in cui anche il Presidente avrebbe dovuto occupare uno spazio consistente, dedicato all'esercizio del proprio potere d'influenza. I costituenti confidavano anche nel ruolo d'influenza, di mediazione, di arbitrato che avrebbe svolto il Presidente della Repubblica». Così, M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo*, relazione al Convegno su *Costituzione e Repubblica*, Firenze, 1997, *paper*, p. 9, pubblicato sul sito Internet www.bdp.it/costituzione.

Da qui l'ambiguità delle norme costituzionali che ne disciplinano le funzioni e le responsabilità, e da qui anche le difficoltà della dottrina, cui si è precedentemente accennato, a ricostruirne il ruolo in maniera unitaria, perché è innegabile che per certi profili egli sia assimilabile ad una struttura governante e per altri ad una struttura garante. Anzi, per esser più precisi, è innegabile che, pur condividendo l'idea di fondo che il capo dello Stato è organo di garanzia costituzionale [52], la dottrina si sia poi divisa tra chi ha preferito accentuarne i «profili governanti» e chi invece quelli «garanti». Di tale ambiguità risente, evidentemente, anche il regime dell'irresponsabilità presidenziale consacrato nell'art. 90 Cost., il quale sarà interpretato in maniera più o meno ampia – passando dalle tesi più restrittive a quelle più estensive – in funzione di come se ne interpreterà complessivamente il ruolo [53].

A diverse interpretazioni circa la posizione del capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano, quindi, si ricollegano diverse interpretazioni in ordine alla sua responsabilità giuridica per cui si ha che, tendenzialmente, coloro che ne ricostruiscono il ruolo accentuandone i profili «governanti» sono, in genere, propensi a riconoscerne la sostanziale immunità, invocando la necessità di garantire la libertà e l'autonomia del Presidente nell'esercizio delle proprie funzioni. Si ha, in altri termini, una sorta di «inversione di tendenza» per cui, paradossalmente, la dottrina che gli riconosce un ruolo politicamente più attivo tende anche ad estenderne l'irresponsabilità sino a includervi tutti gli atti posti in essere nel corso del mandato ivi compresi quelli compiuti *uti cives* (di modo che si ha una sorta di identificazione tra la carica di Presidente della Repubblica e la persona che la ricopre). Al contrario, mentre coloro che ne ricostruiscono il ruolo in chiave più «garantistica» ne ammettono la responsabilità giuridica con l'unica eccezione dei reati posti in essere nell'esercizio delle funzioni presidenziali.

Si pensi, ad esempio, a quella autorevole parte della dottrina la quale sostiene che «in ipotesi di crisi dell'intero sistema» il Presidente della Repubblica potrebbe ergersi a supremo reggitore dello Stato, comandando «quel che resta dell'apparato burocratico e militare anche senza previa legittimazione formale» [54], oppure assumendo «poteri dittatoriali» [55], ovvero sostituendosi al parla-

---

[52] Su cui si veda S. Galeotti, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetti)*, Giuffrè, Milano, 1950 nonché Id., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1969, XVIII, p. 491 ss. e bibliografia *ivi* citata.

[53] Sul punto, si veda anche G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., p. 1162.

[54] Cfr. G.U. Rescigno, *Il Presidente della Repubblica. Art. 87*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 146.

[55] Cfr. F. Modugno-D. Nocilla, *Stato d'assedio*, in *Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1957,

mento e provvedendo «con ministri da lui nominati e godenti della sua fiducia (invece di quella del parlamento)»[56]. Ebbene, per questa dottrina, il capo dello Stato è, e non può non essere, salvo che per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, totalmente irresponsabile[57]. E «questa irresponsabilità penale, poi, è *sostanziale* e *non solamente processuale*; cioè non solo impedisce che il Presidente della Repubblica venga processato, ma addirittura impedisce che il fatto possa essere considerato illecito, con la conseguenza fondamentale che l'uomo Presidente della Repubblica resta irresponsabile giuridicamente anche *dopo che è cessato il suo mandato*»[58]. Il capo dello Stato, cioè, stando a questa interpretazione, godrebbe di una vera e propria «immunità di diritto sostanziale» concernente «i fatti commessi nel periodo di tempo in cui esistono i presupposti dell'immunità; e tali fatti *restano sottratti alla sanzione penale anche dopo che l'immunità è cessata*»[59]. Ciò che, detto in altri termini, equivale a riconoscere in capo al Presidente della Repubblica una vera e propria immunità assoluta del tutto parificata a quella della quale godevano i sovrani in epoca monarchica proprio perché collegata direttamente alla loro persona in forza del «carattere "sacro" dell'istituzione regia»[60].

XVIII, pp. 290-291, in cui è chiara l'ispirazione al Carl Schmitt de *Die diktatur*, Munchen-Leipzig, 1928, p. 123 ss.

[56] Cfr. C. Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, VI, p. 224 ss. ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1 ss., in particolare p. 39.

[57] Riguardo alla teoria in parola, va detto che, diversamente da quanto sostenuto da A. Baldassarre-C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale*, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 22, la posizione di Luciani non è affatto simile a quella di Esposito, Rescigno e Pizzorusso, per cui «il capo dello Stato fungerebbe da garante neutrale della Costituzione soltanto in tempi normali, mentre in tempi di crisi emergerebbe, come avevano variamente detto Benjamin Costant e Carl Schmitt, come il vero reggitore dello Stato». Probabilmente l'equivoco nasce da un passaggio del volume di M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, p. 190 ss., dove l'Autore, a proposito delle situazioni di emergenza, si limita ad affermare che l'emergenza è «fronteggiabile non allontanandosi dal diritto costituzionale vigente, bensì dandone interpretazioni e applicazioni insolite, giacché commisurate alla eccezionalità delle situazioni storiche; in questi frangenti, c'è un'emergenza che può essere affrontata con interpretazioni ed applicazioni costituzionali le quali non siano che l'altra faccia del criterio della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., il quale suggerisce trattamenti diversi in situazioni tra loro differenziate». Così, a questo proposito, V. Angiolini, *Presidente della Repubblica e stati di crisi*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 409.

[58] Così G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 487, nonché, dello stesso A., *Responsabilità*, cit., p. 1365 ss. Favorevoli all'immunità del Capo dello Stato sono, tra gli altri: E. Crosa, *Gli organi costituzionali*, cit., p. 91 ss.; C. Moratti, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 542 ss.

[59] Così A. Pagliaro, *Immunità*, cit., p. 218.

[60] Cfr. C. Mortati, *Istituzioni*, cit., pp. 549-550.

Così come quella parte della dottrina che, con alcune innegabili varianti, riconosce in capo al Presidente della Repubblica un potere di indirizzo politico costituzionale attraverso il quale dovrebbe dare attuazione ai fini costituzionali [61] e limitare «l'azione delle forze di maggioranza» in quanto garante degli «indirizzi fondamentali, unitari e permanenti della comunità statale» [62], ritiene che egli, pur essendo responsabile, non sia perseguibile per tutta la durata del mandato. In questo caso, cioè, il capo dello Stato godrebbe di «una immunità di diritto processuale penale» che «impedisce i processi penali (*anche per i fatti commessi prima*) finché l'immunità dura, ma, una volta cessata, è possibile procedere per tutti i fatti» [63].

Viceversa, sul versante opposto, si schierano coloro che – ed è la maggioranza – riconoscono al Presidente della Repubblica esclusivamente un ruolo di garanzia costituzionale [64], sia pure variamente modulandone l'intensità, i quali sono tendenzialmente [65] propensi a riconoscerne la responsabilità giuridica in maniera tale che, per costoro, è sempre possibile ricorrere in giudizio sia per i reati extrafunzionali sia per quelli commessi prima dell'assunzione della carica [66]. A tutela del capo dello Stato, cioè, sarebbe disposta sol-

---

[61] Così, G. Motzo, *Il potere di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Arch. giur. Serafini*, 1957, CLII, p. 22 ss.; P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 308-309; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 97 ss. nonché dello stesso A., *Art. 89*, cit., p. 145 ss.

[62] Cfr. V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi per E. Crosa*, Giuffrè, Milano, 1960, I, p. 652 ss.; similmente anche A. Baldassarre-C. Mezzanotte, *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quaderni cost.*, 1985, p. 7 ss., nonché Id., *Gli uomini del Quirinale*, cit., p. 19 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 280.

[63] Cfr. A. Pagliaro, *Immunità*, cit., p. 218.

[64] Così G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana. (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Jovene, Napoli, 1994, I, p. 368; U. De Siervo, *La responsabilità penale del capo dello Stato*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 345 ss.; A. Pace, *Le forme extrapenali*, cit., p. 371 ss.; R. Romboli, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 348 ss.; L. Carlassare, *Art. 90*, cit., p. 149 ss.

[65] Tendenzialmente, perché è pur vero che ciò che si sostiene nel testo non è un assioma. Si veda ad esempio quanto affermato da U. De Siervo, *La responsabilità penale del capo dello Stato*, cit., p. 365, il quale pur riconoscendo al capo dello Stato un ruolo di garante della funzionalità delle istituzioni, conclude nel senso che «non vi è alcun dubbio ad affermare che il Presidente della Repubblica non solo per la sua complessiva posizione costituzionale, ma ormai anche per alcune disposizioni costituzionali ed ordinarie vigenti, gode per il periodo del suo mandato di un'implicita sottrazione all'esercizio della giurisdizione penale, salvo le sole due fattispecie di cui all'art. 90.1 Cost.». Egualmente, G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, cit., pp. 917-918.

[66] È evidente, infatti, che «il prestigio delle istituzioni sarebbe assai più gravemente com-

tanto «una parziale immunità» limitata «agli atti posti in essere nell'esercizio della funzione presidenziale» [67]. Il che equivale a dire che la sua irresponsabilità rimane «strettamente circoscritta», fatta eccezione per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, a quei fatti connessi all'esercizio delle sue funzioni sussistendo perciò «con riguardo ad ogni altra possibile ipotesi piena responsabilità anche di ordine penale della persona investita della carica» [68].

E questa posizione è generalmente abbracciata anche da quella parte della dottrina che, propendendo per una ricostruzione del concetto di «garanzia costituzionale» più restrittiva, tende a delimitare con un rigore ancora maggiore la posizione del Presidente della Repubblica nel sistema. Per costoro, infatti, il capo dello Stato ha il compito di «difendere i valori costituzionali attraverso un'opera di stabilizzazione istituzionale e di unificazione nazionale» [69]. Egli cioè è chiamato «non a *decidere* ma a *far decidere* (…), a richiamare le ragioni dell'unità nei confronti della dialettica politica, a salvaguardare l'indipendenza degli apparati di garanzia in senso ampio (…) rispetto agli interessi e alle vedute di parte che legittimamente si esprimono nel continuo Parlamento-Governo» [70], ma questa prestazione potrà essere «definita «di garanzia» solo in senso lato e rischiando qualche equivoco concettuale» [71].

Per questa parte della dottrina, infatti, garanzia costituzionale vuol dire difendere l'integrità del valore normativo della costituzione [72], vuol dire, cioè,

---

promesso nel caso in cui un capo dello Stato colpevole, o anche sospetto, di un reato comune rimanesse in carica esente da processo». Così L. CARLASSARE, *Art. 90*, cit., p. 151; A. PACE, *Le forme extrapenali*, cit., p. 375. V. anche, nel medesimo senso G. FERRARA, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, vol. I, Cedam, Padova, 1995, p. 597; F. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 114; V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. dir. cost*., 1998, p. 57 ss. in particolare p. 96. Ma *contra*, A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, cit., p. 249.

[67] Così V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 2, cit., p. 457. Così anche C. ROSSANO, *Presidente della Repubblica*, I, *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur*., Roma, 1991, XXIV, p. 4.

[68] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 2, cit., p. 458.

[69] Cfr. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Foro it*., 2000, c. 26 ss. dell'estratto.

[70] Così V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della presidenza della Repubblica*, in *Quaderni cost*., 1992, p. 168.

[71] Cfr. M. LUCIANI, *Introduzione*, cit., p. 20.

[72] Per questa opinione, vedasi: M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 291; L. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 64 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, p. 1223 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1986, p. 473 ss. Quest'ultimo A., però, distingue tra garanzie costituzionali (poste, o comunque ricavate, dalla Costituzione e pertanto

tutelare la conservazione, l'osservanza e l'attuazione della Costituzione da parte degli organi costituzionali, assicurando la regolarità formale e sostanziale del loro funzionamento e della loro azione [73]. Di conseguenza non è corretto ritenere che ad ogni apprestamento procedurale o peculiarità organizzativa idonei a concorrere alla stabilità dell'ordinamento costituzionale fungendo da limite e da freno all'esercizio delle funzioni costituzionali corrisponda una garanzia costituzionale [74], ma soltanto a «quegli organi o quegli istituti che – specificamente costruiti a questo scopo – tutelano la Costituzione con atti non meramente politici, esemplari o persuasivi (…), ma con atti giuridici definitivi e vincolanti» tra i quali, dunque, non si può annoverare il capo dello Stato [75].

---

offerte dalla Costituzione stessa all'individuo sia di fronte allo Stato, sia di fronte ad altri soggetti) e garanzie della Costituzione (riguardanti i vari meccanismi di sicurezza che l'ordinamento costituzionale contiene per garantire se stesso) (*ivi*, pp. 474-475). In senso non dissimile, S. GALEOTTI, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 491, il quale osserva che «nel primo uso dell'espressione la Costituzione è essa stessa ciò che fornisce la sicurezza, la garanzia; la Costituzione diviene logicamente il soggetto dell'azione del garantire; (...) Nell'altra e più ristretta accezione di «garanzia costituzionale», la Costituzione viene assunta non come ciò che garantisce ma, al contrario, come ciò che abbisogna d'essere garantito; la Costituzione diventa qui l'oggetto della garanzia.

[73] In tal senso, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., pp. 476-477; *contra*, si veda l'opinione di S. GALEOTTI, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 493, nota 7, il quale, attenendosi ad un criterio rigorosamente normativistico, afferma: «Non sembra logicamente possibile operare una dicotomia, contrapponendo un interesse alla conservazione della Costituzione (e dei valori sostanziali ad essa sottostanti) all'interesse (...) all'osservanza della Costituzione (o alla regolarità, o alla legittimità costituzionali o come altrimenti si voglia denominare). Né pertanto sembra possibile, in una classificazione delle garanzie costituzionali fatta da un punto di vista teleologico, contrapporre garanzie costituzionali «di conservazione» a garanzie costituzionali «di osservanza» (...) Invero, codesti fini, e gli interessi che ne sono la ragione, appaiono logicamente inscindibili, e si convertono l'uno nell'altro. Garantendo l'osservanza della Costituzione (*rectius*, di sue singole disposizioni) si conserva l'integrità della Costituzione stessa (in quelle sue norme) e dei valori ad essa sottostanti, o la si reintegra in caso di violazioni. Per contro, dato che fossero configurabili anche garanzie costituzionali di conservazione (...) il fine, cioè l'interesse, cui corrisponderebbero sarebbe pur sempre quello di conservare immutate ed intatte le norme della Costituzione (...); ossia, ancora una volta, si tratterebbe sempre dell'interesse a che la Costituzione (ed i valori sostanziali tradotti nelle sue norme) sia serbata intatta, cioè appunto, in quanto norma osservata».

[74] In tal senso, vedasi C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., pp. 1223; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 476; ma, *contra* S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 126-127, per il quale il fine della garanzia costituzionale è quello di tutelare quei valori che scaturiscono dal complesso normativo della Costituzione, la garanzia, cioè, è preordinata a tutela di valori normativi obbiettivamente canonizzati o deducibili dalla Costituzione formale.

[75] Così M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 18.

6. La prassi giurisprudenziale degli ultimi anni ha contribuito a questa incertezza interpretativa, perché ha variamente deciso in ordine ai problemi riguardanti la responsabilità giuridica del capo dello Stato per reati commessi tanto al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, tanto prima di assumere la carica di Presidente della Repubblica. A dimostrazione del fatto – se ancora ve ne fosse bisogno – che la materia ha ricevuto una configurazione a livello costituzionale talmente ambigua che è assai arduo qualunque tentativo di ricostruzione in chiave unitaria.

Esemplificative di questo stato d'incertezza sono le vicende che hanno visto coinvolto l'ex Presidente della Repubblica Cossiga in due azioni civili di risarcimento danni proposte nei suoi confronti dagli onorevoli Flamigni e Onorato, per le espressioni pronunciate da Cossiga nel corso del suo mandato e dagli attori ritenute lesive del proprio onore e della propria dignità [76]. In questa circostanza, alla condanna risarcitoria pronunciata dal Tribunale di Roma, si è opposta la Corte d'appello che ha riformato la sentenza di primo grado. Infatti, mentre per il Tribunale di Roma «fuori dell'esercizio delle sue funzioni il Presidente della Repubblica risponde come qualsiasi cittadino» [77] perché la sua irresponsabilità è «strettamente correlata alla responsabilità dei ministri» che controfirmano gli atti presidenziali [78] cosicché dall'assenza della controfirma su un atto presidenziale si può «trarre un ragionevole sintomo o indizio della non riferibilità dell'atto medesimo ad una specifica funzione presidenziale» [79], per la Corte d'appello, invece, «il carattere politico della

---

[76] Sulle quali si veda G. MATTIOLI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica e l'accesso alla Corte costituzionale*, in A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 552 ss.

[77] Tribunale di Roma, I sez. civ., 22 giugno 1993, *Onorato c. Cossiga,* in *Dir. inf*., 1994, p. 320 ss.; in *Rass. dir. civ*., 1994, p. 653 ss. con nota di L. CHIEFFI, *Esternazioni extrafunzionali e responsabilità del Presidente della Repubblica*, loc. cit.: in *Dir. fam*., 1995, p. 543 ss.; in *Giur. cost*., 1998, p. 2829 ss., nonché Tribunale Roma, I sez. civ., 14 maggio 1994, *Flamigni c. Cossiga*, in *Foro it*., 1995, I, c. 1019 ss., con commento di M. CHIAROLLA, *Delitto (diffamazione a mezzo stampa) e castigo (risarcimento del danno): istruzioni per l'uso*, *ivi*, p. 1023 ss.; in *Dir. inf*., 1994, p. 743 ss.

[78] Questa interpretazione, ad avviso del Tribunale di Roma, si ricaverebbe anche da quanto disposto con la legge 5 giugno 1989, n. 219 che, all'art. 8, prevede espressamente il caso dell'incompetenza del Comitato parlamentare per la messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica in caso di «reato diverso da quelli previsti dall'art. 90 della Costituzione» e (all'art. 9) la conseguente «trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria ordinaria». Così, anche G. FERRARA, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, cit., p. 585 ss. che critica la decisione del G.I.P. di Roma con la quale fu affermata l'improcedibilità dell'azione penale nei confronti dell'ex Presidente della Repubblica Scalfaro.

[79] L'irresponsabilità del Presidente della Repubblica, inoltre, costituirebbe il «logico corollario della particolare posizione che la Costituzione assegna al capo dello Stato, posizio-

funzione esercitata» dai titolari degli organi monocratici dello Stato apparato non consentirebbe «di distinguere il *munus* dalla persona fisica» giacché questa «si immedesima in esso sì che non è dato di distinguere la volontà dell'uno che non sia la volontà dell'altro» [80].

Le difficoltà nelle quali si imbatte anche la giurisprudenza sono, dunque, evidenti. Solo l'intervento della Corte di cassazione, che si è pronunciata su questa vicenda, ha fatto una qualche chiarezza riguardo al ruolo del capo dello Stato ed alla sua connessa responsabilità nel nostro sistema costituzionale. La Suprema Corte, infatti, nell'annullare le sentenze della Corte d'appello ha significativamente affermato che «l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica non è *rationae personae*, come nello Stato monarchico, ma *rationae materiae*, essendo strettamente connessa all'esercizio delle funzioni presidenziali [81] e che, di conseguenza, «gli atti compiuti fuori da detto esercizio non vanno esenti da responsabilità» perché l'irresponsabilità presidenziale va collegata alla sua posizione nel sistema che è, e rimane, quella di garante della Costituzione, privo, quindi, di poteri di politica attiva.

Tuttavia, anche in questo caso, vi sono elementi di ambiguità che non possono non essere rimarcati, quali ad esempio la circostanza che secondo la Suprema Corte, in nome del diritto vivente, vada radicato, nel primo comma dell'art. 87 Cost., «il diritto del Presidente a parlare nel nome del Paese, anche al di là delle puntuali competenze affidategli dalla Costituzione, quale concepita dai Costituenti», riconoscendogli anche un «potere di chiarimento», un potere, cioè, attraverso il quale il capo dello Stato avrebbe la facoltà di chiarire pubblicamente «il significato e le ragioni dei propri atti» e

---

ne il più possibile avulsa da qualsiasi coinvolgimento del medesimo in attività di indirizzo politico ed amministrativo» ed «eminentemente rappresentativa e quale custode e garante della Costituzione medesima, al di fuori delle funzioni di governo». Essa, quindi, rappresenterebbe un «elemento rafforzativo della sua posizione (oltre che *super partes*) priva di "potere" di indirizzo politico». Così, Tribunale di Roma, I sez. civ., 22 giugno 1993, *Onorato c. Cossiga*.

[80] Cfr. Corte d'appello di Roma, I sez. civ., 16 marzo 1998, *Cossiga c. Flamigni*, in *Foro it*., 1998, I, c. 2988 ss. e in *Dir. inf*., 1999, p. 49 ss., nonché Corte d'appello di Roma, I sez. civ., 21 aprile 1997, *Cossiga c. Onorato*, in *Giur. cost*., 1998, p. 2829 ss. Su quest'ultima sentenza cfr. A. Pizzorusso, *La discutibile immunità del Presidente linguacciuto*, in *Giur. cost*., 1999, II, p. 2852 ss. Il capo dello Stato, ad avviso del giudice d'appello, potrebbe esprimere «proprie valutazioni ed orientamenti in quanto, *a suo insindacabile giudizio*, ritenuti indispensabili per lo svolgimento della funzione di monito e di persuasione oltre che di garante dei valori costituzionali di cui è senz'altro uno dei maggiori esponenti quale *viva vox constitutionis*» senza, per questo, incorrere in responsabilità (la frase è sottolineata nella sentenza della Corte d'appello).

[81] Cass., III sez. civ., 27 giugno 2000, n. 8733, *Flamigni c. Cossiga,* nonché Cass., III sez. civ., 27 giugno 2000, n. 8734, *Onorato c. Cossiga*, su cui M. Piazza, *Il Presidente della Repubblica è giuridicamente responsabile in sede civile per le sue «esternazioni» ingiuriose e/o diffamatorie*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 141 ss.

che sarebbe collegato alla sua «responsabilità politica diffusa» [82]. Con il che, se da una parte sembra accedere alla interpretazione più restrittiva del ruolo presidenziale, dall'altra, nel riconoscergli una facoltà di esternazione (che radicherebbe nelle norme costituzionali come integrate dalle prassi applicative) collegata alla responsabilità politica diffusa, sembra attribuirgli, quantunque implicitamente, un ruolo certamente diverso dalla mera garanzia costituzionale.

Resta comunque il fatto che il mero riconoscimento della responsabilità presidenziale per gli atti extrafunzionali dimostra che qualcosa, nel modo di interpretare il ruolo del capo dello Stato, sta cambiando, e sta cambiando nel senso che questo suo ruolo subisce un tale ridimensionamento da far sospettare che i motivi di ciò siano da ricercare non già, semplicemente, in una lettura della Carta costituzionale più restrittiva, ma altrove.

7. La dimostrazione di ciò starebbe anche nella singolare coincidenza per cui, anche al di fuori dei confini nazionali e in ordinamenti tutt'affatto diversi dal nostro, la giurisprudenza costituzionale di quei Paesi ha risolto questioni analoghe, interpretando il ruolo presidenziale in maniera assai restrittiva ed affermandone la piena responsabilità giuridica. Si è accennato, all'inizio, alle decisioni della Corte suprema americana e di quella cilena. In entrambi i casi, si discuteva di questioni vertenti sulla responsabilità giuridica del capo dello Stato. Le vicende, specie quella relativa al c.d. «caso Clinton», sono talmente note che meritano in questa sede solo un rapido accenno.

Nel primo caso, si trattava della controversia insorta tra il Presidente degli Stati Uniti Clinton e la signora Paula Jones, la quale nel 1994 aveva proposto ricorso nei confronti di Clinton accusandolo di averla molestata sessualmente in epoca precedente all'assunzione della carica di Presidente della Repubblica [83]. Dopo una serie di ricorsi incrociati la richiesta di *writ of certiorari* –

---

[82] Sul potere di esternazione del capo dello Stato, cfr. M. DOGLIANI, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 221 ss.; M. BUQUICCHIO, *Esternazioni e responsabilità giuridica del Presidente della Repubblica*, in *Arch. dir. cost.*, 1997, p. 73 ss.; M.C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Giuffrè, Milano, 1986; G. FILIPPETTA, *Le esternazioni del capo dello Stato tra controfirma ministeriale e «sindacato» parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3219 ss.; il numero monografico della Rivista *Quaderni cost.*, 1992, con gli interventi di V. Onida, A. Pace, M.C. Grisolia, G. D'Orazio, nonché i commenti di A. Anzon, P. Barile, G. Bognetti, P.A. Capotosti, A. Cerri, S.M. Cicconetti, F. Cuocolo, G. D'Orazio, P.G. Grasso, M. Luciani, M. Mazziotti, A. Pace, G. U. Rescigno, A. Ruggeri, F. Sorrentino, al messaggio alle Camere del 26 giugno 1991 del Presidente Cossiga sulle riforme istituzionali, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3210 ss.

[83] Clinton fu eletto Presidente per la prima volta nel novembre del 1992 ed entrò in fun-

effettuata il 15 maggio 1996 dalla difesa del Presidente Clinton – ha determinato l'assunzione del caso da parte della Corte Suprema americana che, chiamata a prendere posizione su di una fattispecie riguardo alla quale, nei suoi esatti connotati, non si reperiscono precedenti, si è pronunciata con la sent. 27 maggio 1997, n. 95-1853 [84].

Alla difesa del Presidente Clinton che invocava l'improcedibilità dell'azione sia in sede penale che in sede civile sino alla scadenza del mandato presidenziale sulla base del fatto che il Presidente della Repubblica godrebbe, per tutta la durata della carica, del privilegio dell'immunità processuale e che, quindi, una decisione contraria alle proprie richieste si sarebbe rivelata gravemente lesiva del principio della separazione dei poteri, la Corte Suprema rispose che «la teoria della separazione dei Poteri non impone affatto alle Corti Federali di sospendere tutte le azioni private contro il Presidente finché questi non lasci la carica» [85]. Una tale conclusione, infatti, ad avviso della Corte, non solo avrebbe come conseguenza di ritenere il capo dello Stato al di sopra delle leggi e della Costituzione, ma sarebbe altresì gravemente lesiva del principio di uguaglianza vanificando inevitabilmente le garanzie costituzionali poste dalla Costituzione americana a tutela dei diritti fondamentali.

8. Nel secondo caso, si trattava di decidere se il generale cileno Augusto Pinochet potesse essere giudicato per i crimini da lui commessi tra il 1973 e il 1990, anno in cui ebbe termine la sua lunga dittatura [86]. La vicenda giudiziaria ebbe inizio il 16 ottobre del 1998, quando l'autorità di pubblica sicurezza britannica dispose gli arresti domiciliari per il generale Pinochet (che si trovava in quel Paese per motivi di salute) a seguito di un mandato di cattura

---

zione il 20 gennaio 1993. Con il ricorso proposto dalla Jones vennero esposti quattro capi d'accusa con riferimento alla violazione di due leggi federali e di altrettante leggi dello Stato dell'Arkansas. In particolare, la Jones accusava Clinton di molestie sessuali in violazione del *Civil Rights Act* 42 U.S.C. §§ 1983 e 1985 e chiedeva il risarcimento dei danni per i reati di «inflizione intenzionale di angoscia emotiva» e di diffamazione.

[84] Sul *writ of certiorari*, cfr. MATTEI, *Common law. Il diritto angloamericano*, Utet, Torino, 1992, p. 195 ss.

[85] Si veda il testo della sentenza in *Giur. cost*., 1998, p. 2581 ss. e, se si vuole, il commento alla stessa di F. SALMONI, *Il problema dell'immunità processuale e/o sostanziale del Presidente degli Stati Uniti*; nonché B. BARBISAN, *Tipologie e limiti dell'immunità presidenziale nella pronuncia* Clinton v. Jones, *ivi*, rispettivamente pp. 2595 ss. e 2607 ss.

[86] Augusto Pinochet assunse il potere in Cile l'11 settembre del 1973 con un colpo di stato nel quale fu «eliminato» l'allora Presidente democratico Allende. Durante la sua dittatura furono assassinate migliaia di persone, altre scomparvero, portate in campi di concentramento e torturate. Nel 1978 il generale Pinochet aveva concesso un'amnistia a se stesso e ai militari che con lui avevano partecipato alla «carovana della morte».

internazionale e di detenzione cautelare a tempo indeterminato spiccato su sollecitazione del p.m. spagnolo Bàltasar Garzòn. Questi accusava l'ex dittatore cileno dei reati di genocidio, omicidio, sequestro di persona, terrorismo e tortura ai danni di alcuni cittadini spagnoli che si trovavano in Cile tra il settembre del 1973 e il dicembre del 1983.

La richiesta spagnola alle autorità britanniche di trarre in arresto Pinochet traeva origine dal fatto che il generale cileno era accusato di aver violato non soltanto il codice penale spagnolo, ma anche la Dichiarazione di Mosca del 1943 sui crimini contro l'umanità; lo Statuto del Tribunale di Norimberga del 1945; la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1946; il Trattato del 9 dicembre 1948 contro il genocidio; il Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966; la risoluzione dell'Assemblea generale dell'Onu del 1973 sulla persecuzione dei crimini contro l'umanità; la Convenzione contro la tortura delle Nazioni unite del 10 dicembre 1984; la Dichiarazione dell'Assemblea generale dell'Onu sulla scomparsa forzata di persone, del 1992; il Trattato europeo sulla repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977 [87], che com'è noto, prevedono l'imprescrittibilità dei reati ivi contemplati e l'obbligo per gli Stati sottoscrittori di perseguire – o collaborare con gli Stati che intendano farlo – i responsabili di detti crimini i quali, a tale scopo, non possono godere di alcun tipo di immunità, tanto meno di quella diplomatica [88].

Ciononostante, il 28 ottobre 1998, la *High Court* inglese, adita qualche giorno prima dalla difesa del generale Pinochet per giudicare della legittimità del suo arresto, riconobbe che questi, in quanto ex capo di Stato, godeva di uno speciale regime di immunità e che, pertanto, doveva essere immediatamente rimesso in libertà. Avverso questa sentenza, i familiari delle vittime del regime di Pinochet ricorsero alla Camera dei Lords, chiedendo l'estradizione in Spagna dell'ex dittatore e, finalmente, dopo una lunga serie di ricorsi incrociati, l'8 ottobre 1999, il tribunale inglese di Bow Street autorizzò l'estradizione di Pinochet in quel Paese.

Il 2 marzo 2000, però, il ministro degli interni inglese Jack Straw revocò il decreto di estradizione e deliberò l'immediata scarcerazione di Pinochet sulla base delle sue (presunte) precarie condizioni di salute ciò che consentì all'ex dittatore cileno di fare ritorno, il giorno stesso, a Santiago del Cile. Per la prima volta, dunque, gli accordi e le convenzioni internazionali che puniscono i crimi-

---

[87] Si veda l'ordinanza dell'Audiencia Nacional di Madrid, sez. pen. V, 19/97 P.S., pubblicata il 10 ottobre 1998.

[88] Sul punto, si veda F. Durante-M.F. Gennarelli, *I diritti dell'uomo in Italia*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 7 ss.

ni contro l'umanità avevano fornito un appiglio giuridico concreto per «aprire» le porte della giustizia all'ex dittatore, non al punto però di estradarlo in Spagna e farlo processare in quel Paese come, a rigore, sarebbe dovuto accadere [89].

Nella capitale cilena, però, lo aspettavano più di 150 querele promosse dai familiari delle vittime del suo regime i quali, incoraggiati – con molte probabilità – dall'azione del p.m. spagnolo Garzòn, si erano finalmente decisi a denunciare i militari che nel 1973 avevano portato al potere Pinochet ed eliminato fisicamente gli oppositori al regime. Il 6 marzo 2000 il pubblico ministero Juan Guzmàn – che istruiva il processo sulla c.d. «carovana della morte» [90] – formalizzò, ai sensi dell'art. 58 Cost. cil. e di alcuni articoli del codice di procedura penale, una richiesta di autorizzazione a procedere alla Corte d'appello di Santiago [91].

Era, questo, un atto dovuto da parte del p.m., dal momento che subito prima di dimettersi e di cedere la guida del Paese ad un governo composto esclusivamente da civili il generale Pinochet aveva provveduto a farsi nominare senatore a vita, circostanza quest'ultima che gli avrebbe consentito di godere per sempre dell'immunità parlamentare. Diversamente da quanto avrebbe potuto immaginare la difesa dell'ex dittatore, però, la Corte d'appello cilena si è pronunciata sulla richiesta di autorizzazione a procedere inoltrata dal p.m. Guzmàn, con sent. 23 maggio 2000, sospendendo dalla carica il senatore Pinochet e revocandogli l'immunità parlamentare [92].

---

[89] Per i profili internazionalistici di questa vicenda si veda J.E. GARCES, *Pinochet, ante la Audiencia Nacional y el derecho penal internacional*, saggio pubblicato sul sito Internet, http://www.derechos.org/koaga/iii/5/garces.html.

[90] Viene così denominato quello «squadrone» dell'esercito cileno che pochi giorni dopo il golpe militare di Pinochet, nell'ottobre del 1973, si adoperò per eliminare fisicamente tutti i prigionieri politici e gli oppositori al regime non prima, però, di averli brutalmente seviziati e torturati. Nel 1999 furono ritrovati in fosse comuni e identificati dai familiari i corpi di settantadue persone, ma ben diciannove persone «scomparse» non sono mai state ritrovate. Il p.m. Guzmàn sulla base della testimonianza di centinaia di persone coinvolte nel caso, dopo un processo istruttorio durato più di venti mesi, l'8 giugno del 1999 ha spiccato un mandato di arresto nei confronti di cinque ufficiali dell'esercito accusandoli non già di aver commesso quegli omicidi, perché in quel caso sarebbe stato impossibile procedere dal momento che nel 1979 Pinochet aveva amnistiato tutti i reati commessi sino a quella data, bensì accusandoli di sequestro di persona «aggravato e prolungato», giacché non avendo trovato i corpi si supponeva che i sequestrati fossero ancora tenuti in cattività dai loro sequestratori. Grazie a questo *escamotage*, dunque, il p.m. cileno ha potuto rinviare a giudizio i militari coinvolti «aggirando» brillantemente la legge di amnistia.

[91] Sull'istituto dell'autorizzazione a procedere in Cile si veda R. SCARCIGLIA, *Il caso Pinochet e l'indipendenza della Corte Suprema del Cile*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 1599 ss.

[92] La vicenda processuale è interamente reperibile sul sito Internet http://www.ua.es/up/pinochet/.

Avverso questa decisione, la difesa dell'ex dittatore ha presentato ricorso dinanzi alla Corte suprema cilena adducendo l'immunità processuale di Pinochet perché questi, a suo avviso, all'epoca dei fatti era già stato nominato Presidente della Repubblica cilena. Tale circostanza avrebbe dovuto, al limite, comportare la messa in stato d'accusa del generale Pinochet dinanzi al Congresso che, ai sensi della Costituzione cilena, è l'unico organo in grado di determinare la responsabilità dell'ex capo di Stato mediante una procedura di *impeachment*. Inoltre, i delitti per i quali è accusato l'ex dittatore furono commessi «non già per motivi personali, bensì nell'esercizio delle proprie funzioni per motivi politici e perché erano necessari per mantenere la stabilità del nuovo governo e la pacificazione del territorio nazionale». È evidente quindi che «i fatti qualificati come delitti devono essere qualificati come atti della sua amministrazione» con la conseguenza che nessun Tribunale, secondo la difesa, sarebbe competente a procedere contro Pinochet [93].

Nonostante gli argomenti addotti dalla difesa, la Corte suprema cilena l'8 agosto 2000 ha confermato la decisione del giudice d'appello sostanzialmente sulla base di tre argomenti. Da una parte, infatti, ha sentenziato che «no hay razòn alguna para vedar o restringir la aplicaciòn de las potestades jurisdiccionales exclusivas de los Tribunales de investigar y perseguir, en su caso, los delitos perpetrados en su administración, aunque no se haya producido previamente su condena en juicio político. Ello teniendo presente, además, que un predicamento contrario pugna tanto con las garantías de la igualdad a la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que reconocen los

[93] Il punto è che la Costituzione cilena all'art. 48 prevede che «Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados (…): 2º) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen encontra de las siguientes personas: a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara». L'art. 49, aggiunge che «Son atribuciones exclusivas del Senado: 1º) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior. El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. (…) Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el termino de cinco años. El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o particulares». Alla luce del combinato disposto di questi due articoli, la difesa di Pinochet pretendeva di dimostrare che un giudizio a carico dell'ex dittatore non era esperibile perché qualunque azione giudiziaria era subordinata ad un previo giudizio politico da parte del parlamento.

Nºs. 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución vigente, cuanto con el principio general de la responsabilidad de toda autoridad pública que recogen y afirman, entre otras disposiciones, los artículos 6° y 7° de la misma Ley Fundamental» [94].

Infatti, quand'anche si accogliessero le argomentazioni della difesa e, quindi, si accogliesse la tesi che all'epoca dei fatti Pinochet era già stato nominato Presidente della Repubblica cilena, tuttavia, il combinato disposto degli artt. 48 e 49 Cost. cil. – che disciplina il procedimento di *impeachment* – va interpretato nel senso che «concluido el periodo presidencial y los seis meses que le siguen, quedan facultadas las personas agraviadas con la actuación del Primer Mandatario para interponer las acciones civiles y penales que correspondan y ellas serán acogidas en cuanto no hayan sido objeto de prescripción de acuerdo con la naturaleza de las que se promuevan» [95].

Non solo, ma ricostruendo storicamente il periodo relativo al colpo di Stato militare, la Corte suprema ha negato che il generale Pinochet all'epoca dei fatti fosse già stato nominato Presidente della Repubblica. A quel tempo, infatti, «l'esercizio del potere esecutivo non era esclusivo appannaggio del querelato, ma in base al D.L. 11 settembre 1973, n. 1, come interpretato dall'art. 1 del D.L. 16 novembre 1973, n. 128, spettava alla Giunta di governo, alla quale spettava altresì l'esercizio del potere costituente e di quello legislativo» [96]. L'esercizio esclusivo del potere esecutivo da parte dell'appellante, invece, «si produsse solo in un momento successivo ai fatti delittuosi dei quali si discute, in base al D.L. 26 giugno 1974, n. 527, il cui art. 7 dispose, al suo primo comma che "il potere esecutivo è esercitato dal Presidente della Giunta di governo che con il titolo di Presidente della Repubblica del Cile amministra lo Stato ed è il Capo supremo della Nazione"» [97].

Infine, quand'anche le azioni delittuose delle quali si discute fossero state poste in essere da Pinochet nella sua qualità di Presidente della Repubblica, tale circostanza non avrebbero «mai potuto dar luogo ad un giudizio politico, quale si qualifica l'*impeachment*, per tre motivi: in primo luogo, perché il D.L. 24 settembre 1973, n. 27 ordinò lo scioglimento del Congresso nazionale e ne trasferì le funzioni alla Giunta di governo per cui era impossibile che la Giunta istruisse nei propri confronti un processo politico per gli atti da essa stessa posti in essere» [98]. In secondo luogo, perché «la ventunesima disposizione

---

[94] Punto 38 della motivazione in diritto.

[95] Sul punto, si veda A. Silva Bascunan, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, 2000, V, 92, da cui è tratta la citazione della Corte Suprema cilena.

[96] Punto 40 della motivazione in diritto.

[97] Punto 43 della motivazione in diritto.

[98] Punto 44 della motivazione in diritto.

transitoria della Costituzione del 1980 dichiarò che sino al termine del regime di Pinochet non era applicabile il suo Capitolo V dove era disciplinata la procedura di *impeachment*» [99]. Infine, perché l'art. 3 transitorio della Legge organica costituzionale sul Congresso nazionale n. 18918 del 5 febbraio 1990 dichiarò che la procedura di impeachment cui si riferisce l'art. 48 della Costituzione potrà essere portata avanti solo per gli atti posti in essere a far data dall'11 marzo 1990 e non per quelli precedenti» [100].

Il senatore Pinochet, quindi, a seguito dell'autorizzazione a procedere confermata dalla Corte suprema cilena è stato assicurato alla giustizia di quel Paese e con ogni probabilità verrà ben presto condannato per i reati commessi durante la sua lunga dittatura.

9. La vicenda Pinochet dimostra, senza alcuna ombra di dubbio che qualcosa è cambiato o, meglio, sta cambiando.

Lo dimostrerebbe anche la sent. 22 gennaio 1999, 98-408 DC del Conseil constitutionnel [101], il quale, adito *ex* art. 54 Cost. fr. dal Presidente della Repubblica e dal primo ministro francesi [102], si è pronunciato circa la compatibilità del Trattato che istituisce la Corte penale internazionale permanente e ne definisce lo Statuto, sottoscritto a Roma il 17 luglio 1998, con la Costituzione francese [103]. In questa sentenza, il Conseil ha indicato, tra le disposizioni del Trattato che, a suo avviso, costituivano un ostacolo alla sua ratifica da parte del governo francese, l'art. 27, nel quale si legge «Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État (…) n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. Les

---

[99] Punto 46 della motivazione in diritto.

[100] Punto 47 della motivazione in diritto.

[101] La sentenza è stata pubblicata sul *JO* del 24 gennaio 1999.

[102] Secondo l'art. 54 Cost. fr. «Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution».

[103] Sullo Statuto della Corte penale internazionale permanente si veda R.J. Wilson, *Un Tribunal penal internacional permanente*, Relazione al Congresso Internazionale *Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos*, Santiago del Cile, 14 dicembre 1996, sul sito Internet http://www.derechos.org/koaga/xi/2/wilson.html; E.P. Reale (a cura di), *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 25 ss.; M.H. Arsanjani, *The Rome Status of International Criminal Court*, in *A.J.I.L.*, 1999, p. 22 ss.; K. Ambos, *Les fondements juriques de la Cour pénale internationale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 739 ss.

immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne». Tale articolo, infatti, secondo il Conseil, sarebbe in contrasto con l'art. 68 Cost. fr., secondo il quale «Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant; il est jugé par la Haute Cour de Justice» [104].

La ratifica del Trattato di Roma, quindi, era subordinata ad una revisione costituzionale, che avrebbe dovuto rendere compatibile la previsione della responsabilità penale del capo dello Stato a livello internazionale con la lettera dell'art. 68 Cost. fr. [105]. La revisione è stata in seguito approvata con legge costituzionale 8 luglio 1999, n. 99-568, con la quale è stato inserito, al titolo VI della Costituzione, un art. 53-*bis* il quale prevede che la Repubblica francese riconosce la giurisdizione della Corte penale internazionale alle condizioni previste nel Trattato di Roma [106].

Il Conseil, com'è noto, è stato molto criticato per questa sentenza, specie per un *obiter dictum* con il quale sembrava essere stata sancita l'assoluta immunità del capo dello Stato per tutta la durata del mandato presidenziale, tanto che – per la verità con una procedura alquanto anomala –, in data 10 ottobre 2000, si è visto costretto a fornire, attraverso un comunicato stampa, una «interpretazione autentica» della propria sentenza con la quale ha precisato che «le statut pénal du Président de la République, s'agissant d'actes antérieurs à ses fonctions ou détachables de celle-ci, réserve, pendant la

---

[104] Con legge organica n. 6/2000, del 4 ottobre, anche le Cortes spagnole hanno autorizzato la ratifica del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale e del relativo Statuto così come il nostro Paese con legge 12 luglio 1999, n. 232. Si vedano le vicende che hanno portato all'istituzione della Corte penale internazionale sul sito Internet http://www.derechos.org/-/nizkor/impu/tpi/.

[105] Su questa sentenza, si vedano i commenti di S. Sciortino-Bayart-L. Favoreu-M. Troper, nella *Rev. fr. dr. const*., 1999, p. 317 ss.; B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international*, in *Rev. fr. dr. adm*., 1999, p. 285 ss.; F. Luchaire, *La cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel*, in *Rev. dr. publ*., 1999, p. 457 ss.; E. Dezeuze, *Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République: sur la décision n. 98-408 DC du 22 janvier 1999, du Conseil constitutionnel*, in *Rev. sc. crim*., 1999, p. 497 ss.; J. Clerckx, *Le Statut de la Cour pénale internationale et le droit constitutionnel français*, in *Rev. trim. dr. h*., 2000, p. 649 ss.

[106] Pubblicata sul *JO* 9 luglio 1999. Sulla revisione costituzionale introdotta da questa legge e sulle sue conseguenze cfr. J. Clerckx, *Le Statut de la Cour pénale internationale*, cit., p. 661 ss. Con legge 30 marzo 2000, n. 2000-282 (*JO* 31 marzo 2000), il parlamento francese ha autorizzato la ratifica dello Statuto, avutasi il 9 giugno 2000.

durée de son mandat, la possibilité de poursuites devant la seule Haute Cour de justice. Le statut pénal du Président de la République ne confére pas une "immunité pénale", mais un privilège de jurisdiction pendant la durée du mandat». Quanto fosse rispondente alla primitiva volontà del Conseil questa interpretazione, a questo punto, poco importa. Importa invece che da un'iniziale interpretazione estensiva del testo costituzionale, si sia poi passati ad un'interpretazione più restrittiva, dalla quale si evince che l'atteggiamento nei confronti dell'organo capo dello Stato sta cambiando anche in questo Paese.

10. Il dato, tuttavia, più interessante, nonostante l'importanza degli esempi cui si è accennato – che sono davvero significativi – è l'atteggiamento della comunità internazionale nei confronti dell'organo sovrano Presidente della Repubblica. È noto, infatti, che a livello internazionale esisteva una norma consuetudinaria in forza della quale i capi di Stato godono nel territorio di uno Stato estero dell'immunità penale sia sostanziale che processuale [107].

Questa norma consuetudinaria internazionale, oggi, per alcuni reati, non esiste più e non esiste più perché, come ha ampiamente dimostrato la vicenda Pinochet, l'applicazione del diritto internazionale pattizio è ancora fortemente condizionata dalla volontà dei singoli Stati da esso vincolati. Così, a «presidio» dei diritti umani è stato approvato lo Statuto della Corte penale internazionale, il cui art. 27, come abbiamo visto, sancisce una vera e propria «rivoluzione» in materia.

Per la prima volta, infatti, la comunità internazionale si è data un Tribunale penale internazionale *permanente* per giudicare dei crimini contro l'umanità previsti dal diritto internazionale, con una diretta giurisdizione sulle persone fisiche cittadine degli Stati sottoscrittori, che presuppone la diretta responsabilità penale internazionale di capi di Stato, capi di governo, ministri e personale militare [108]. Lo Statuto, cioè, prevede l'irrilevanza delle varie

---

[107] È noto che le posizioni dominanti, al riguardo, sono due: da una parte vi è chi ritiene che il capo di Stato estero gode di «una «immunità di carica» assimilabile a quella di cui gode in Italia il Sommo Pontefice»; dall'altra, vi sono coloro che «opinano circa l'esistenza sul piano sostanziale di un'immunità paragonabile a quella riservata agli agenti diplomatici, cioè concessa solo per i fatti commessi nell'esercizio della funzione». Così D. BRUNELLI, *Immunità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1979, p. 2.

[108] I precedenti della Corte penale internazionale sono stati: il Tribunale di Norimberga e quello di Tokio, dopo la seconda guerra mondiale, per giudicare i crimini di guerra e i due Tribunali *ad hoc* istituiti per giudicare i crimini commessi nell'ex Jugoslavia (1993) e per giudicare i crimini commessi in Ruanda (1994). Tutti questi Tribunali, però, erano giudici speciali, istituiti dopo la commissione dei crimini. Sul processo di Norimberga, H. EHARD, *The Nuremberg Trial against the major war criminals and International Law*, in *Am. Jorn. Int. Law*, 1949, XLIII, p. 223 ss. nonché, più di recente, A. TARANTINO-R. ROCCO (a cura di), *Il processo di*

immunità delle quali godono «i governanti», cosicché «non perché il diritto interno o il diritto internazionale prevedono una qualche immunità (…) si è esentati da responsabilità penale», quindi «non perché sei il capo dello Stato o perché sei il capo del governo e via dicendo, non perché sei *un rappresentante dello Stato*» si è esentati [109].

Ora, non è chiaro se ciò sta a significare che è proprio il ruolo del capo dello Stato, oggi, ad essere cambiato, se esso quindi vada letto in chiave più restrittiva, se cioè sia in atto un ridimensionamento di quel ruolo, oppure se non si tratti di qualcos'altro, se non sia l'atteggiamento verso le istituzioni tutte, verso gli organi costituzionali, nei quali il popolo sovrano si rappresenta e trova il suo momento unificante, ad aver subito una radicale trasformazione. Per la verità, l'alternativa sembra più fittizia che reale: che il ruolo del capo dello Stato si stia modificando, infatti, sembra essere una diretta conseguenza del fatto che sono gli organi costituzionali, tra i quali si distribuisce la sovranità popolare, ad aver subito una mutazione; e questa mutazione, a sua volta, è una conseguenza del fatto che il concetto di Stato si sta, lentamente, disgregando.

È lo Stato che ogni giorno cede frammenti della propria sovranità in favore di soggetti *sovra, inter* e *trans* nazionali *pubblici* e *privati*. La conseguenza è che gli organi tra i quali lo Stato distribuisce il proprio potere vengono via via delegittimati e svuotati delle proprie prerogative in nome di un qualche cosa che li trascende, che trascende lo Stato stesso.

Qui non si tratta di evocare una sovranità popolare radicale di stampo rousseauniano, come quella propugnata nell'art. 28 della Dichiarazione dei diritti giacobina del 1793, in forza del quale «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures» [110]. Si tratterebbe semmai di ritro-

---

Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione, Giuffrè, Milano, 1998. Sul punto, si veda anche M. Luciani, *Cosa possono dare i diritti umani*?, in *Il presente e la storia*, 1998, p. 7 ss., nonché Id., *Il disperso ritrovato (fra le categorie del politico)*, in M. Calandri-M. Corsero (a cura di), *Nuto Revelli: percorsi di memoria*, numero monografico de *Il presente e la storia*, 1999, p. 165 ss., in particolare p. 178.

[109] Così S. Riondato, *Effettività e idealità del diritto penale internazionale*, Intervento alla Conferenza *Crimini di guerra e giurisdizione internazionale*, 11 giugno 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara, in www.studiperlapace.org.

[110] Com'è noto, quella concezione era indissolubilmente legata alla grande idea della democrazia diretta, della inalienabilità della sovranità popolare, secondo la celebre formula di Rousseau. Per questo, in una costituzione radicale si scrive sempre a chiare lettere che la sovranità «risiede» nel popolo, per indicare che essa è stabilmente nella titolarità del popolo, che può solo delegarne provvisoriamente l'esercizio, ma solo a condizione di operare un controllo continuo, di poter revocare ad ogni momento quelli che sono semplicemente «mandatari», o «agenti», del popolo sovrano. M. Fioravanti, *op. cit*., p. 8.

vare e riaffermare quel concetto di sovranità cui siamo ormai da tempo abituati, per il quale il potere politico trova un contenimento ed una limitazione nella sua «cattura costituzionale» [111]. Ritrovare e riaffermare si è detto, e non a caso, perché che il concetto di sovranità sia entrato in crisi, e con esso quello di Stato, è un fatto incontrovertibile [112].

Ed è entrato in crisi non perché ad esso si sia sostituito un nuovo sovrano, ma perché il sovrano che conosciamo sta lentamente scomparendo, si sta dissolvendo. La sovranità degli Stati è erosa dalla globalizzazione dell'economia che elimina i confini, omogeneizza le culture e riduce le differenze [113]. Si assiste al tentativo di sostituire lo Stato sovrano con un qualcosa di diverso. Qui l'immagine dell'antisovrano, di quel «*quid* che in tutto e per tutto si contrappone al sovrano da noi conosciuto» è quanto mai appropriata [114]. L'antisovrano «non è un soggetto (ma semmai una pluralità di soggetti …); non dichiara la propria aspirazione all'assoluta discrezionalità nell'esercizio del proprio potere (cerca anzi di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni di leggi generali oggettive …); non reclama una legittimazione trascendente (…) ma immanente (…); non pretende di ordinare un gruppo sociale dotato di almeno un minimum d'omogeneità (il popolo di una nazione), ma una pluralità indistinta, anzi la totalità dei gruppi sociali (tutti i popoli di tutto il mondo, o almeno tutti i popoli della parte del mondo che si ritiene meritevole di interesse); non vuol essere l'espressione di una volontà di eguali formata dal basso» [115].

In questo contesto, si è tentato di ostacolare il tentativo di affermazione della sovranità assoluta dell'antisovrano (ci si perdoni il giuoco di parole) proclamando da una parte la fine dello Stato sovrano – che si evincerebbe anche dal ridimensionamento del ruolo di organi costituzionali quali il capo dello Stato – e, dall'altra, la necessità di un governo mondiale, che sia in grado di regolare i rapporti tra gli uomini, cittadini del mondo, nel nome del cosmopolitismo e della Costituzione globale [116]. L'istituzione della Corte penale internazionale si inserisce, non a caso, in questo processo, nel tentati-

---

[111] Per questa felice espressione M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., pp. 774-775.

[112] Sulla crisi della sovranità e sull'esatto significato da attribuire a questa locuzione, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 733 ss.

[113] Cfr. I. Ramonet, *Il nuovo ordine globale*, in *Le monde diplomatique*, 1999.

[114] Cfr. M. Luciani, *L'antisovrano*, cit., p. 780.

[115] Cfr. M. Luciani, *L'antisovrano*, cit., pp. 780-781.

[116] Ritiene che il «nuovo cosmopolitismo» altro non sia che «un tentativo di estensione su scala mondiale dello Stato di diritto occidentale C. De Fiores, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità ed uso della forza*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 250.

vo di sostituire all'antisovrano economico e tecnologico le leggi della giustizia universale teorizzata da Kant prima [117], da Kelsen poi [118].

11. Questa ripresa della teorizzazione del cosmopolitismo trae, dunque, le proprie origini dalla globalizzazione economica. Se è un dato di fatto che le leggi del mercato mondiale hanno eroso, o stanno erodendo (dipende da quanto si voglia essere pessimisti o ottimisti), irrimediabilmente, la sovranità degli Stati, a questo dato di fatto occorre opporre una costruzione di diritto che sia in grado di «catturare l'economico», esattamente come accadde quando nelle Costituzioni statali furono disciplinate le libertà economiche in funzione dello Stato sociale [119]. Se, quindi, la «cattura costituzionale dell'economico», a livello nazionale, non può più assolvere al fine di assoggettare il potere economico alle regole e ai limiti posti dal potere politico, perché il processo di globalizzazione ha «liberato» il potere economico dalla sua dorata gabbia costituzionale, allora è necessario volgere lo sguardo ad una Costituzione mondiale, nella quale sia possibile riprodurre il medesimo processo di regolazione, limitazione e assoggettamento dell'economico al politico.

La Corte penale internazionale rappresenterebbe, dunque, il primo passo verso l'istituzione del governo mondiale e la redazione di una Costituzione universale, il primo passo verso una regolazione mondiale del potere politico, attraverso la quale si arriverà alla regolazione mondiale del potere economico, alla sua «cattura costituzionale globale». Il sogno cosmopolitico kantiano sembra dunque avverarsi; l'idea di un diritto cosmopolitico non è più una «rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma una necessaria integrazione del codice non scritto, così del diritto pubblico interno come del diritto internazionale, al fine di fondare un diritto pubblico in generale e quindi attuare la pace perpetua alla quale, solo a questa condizione, possiamo lusingarci di approssimarci continuamente [120]».

Questo tentativo di contrapporre all'antisovrano transnazionale «un

---

[117] I. KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Editori riuniti, Roma, 1995, p. 175 ss.

[118] H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), Giuffrè, Milano, 1989, p. 355 ss.

[119] M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., p. 775.

[120] Cfr. I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 191. Che il «sogno kantiano» fosse rappresentato dal superamento del federalismo per il cosmopolitismo è affermato anche da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 151. Non è della medesima opinione M. MIEGGE, *Sulla guerra*, Intervento alla Conferenza su *Diritti umani e ordine internazionale*, 26 maggio 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara, pubblicato sul sito Internet www.studiperlapace.org. Si veda anche, sul medesimo sito, l'intervento di L. GIANFORMAGGIO, *Diritti umani e guerra*.

democratico governo globale, capace di restaurare il principio di legittimazione ascendente del potere e di ripristinare un qualche collegamento fra governanti e governati» [121], tuttavia, è destinato a fallire, almeno nel breve e medio periodo, ma, con molta probabilità, anche in quello lungo [122]. Perché questo progetto fa perno su delle premesse che lungi dall'essere un ostacolo all'affermazione dell'antisovrano ne costituiscono i principali presupposti. Così, la circostanza che i teorici della Costituzione mondiale – rinvigorendo antiche polemiche da tempo superate –, contrappongano decisamente la sovranità statale alla sovranità popolare [123], auspicando una radicale sostituzione della prima con la seconda, ha come effetto di indebolire non soltanto lo Stato-persona, ma anche lo Stato-comunità e, quindi, la sovranità popolare intesa come concetto unitario. Alla sovranità dello Stato, vista come «l'odierno equivalente della libertà selvaggia degli uomini nello stato di natura, che rappresenta una fonte permanente di pericolo» [124] si sostituisce non già una sovranità popolare universale, bensì una sovranità dell'individuo che «la globalizzazione e la sua ideologia, l'ultraliberalismo vedono (ovviamente) di buon occhio» [125] e che invece di arrestare l'avanzata dell'antisovrano, la facilita [126].

---

[121] Così M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., p. 791, che mette in guardia dalla tentazione di ritenere la strada del governo mondiale l'unica percorribile. Ma, *contra*, N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 80 ss., nonché ID., *Sta fallendo la guerra dei diritti*, intervista rilasciata a G. BOSETTI per la rubrica *Gli intellettuali discutono la guerra*, www.caffeeuropa.it, dove si legge «dobbiamo essere favorevoli, almeno come tendenza ideale, al processo di globalizzazione delle istituzioni politiche, al costituirsi di una forma statale supernazionale, ma certo a condizione che vada di pari passo con il processo democratico».

[122] Così M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., p. 796.

[123] La questione viene posta nei termini di «sovranità degli Stati contro umanità» da S. RIONDATO, *Effettività e idealità del diritto penale internazionale*, cit.

[124] Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 980 ss.

[125] I. RAMONET, *Il nuovo ordine globale*, cit., il quale si chiede «La sovranità, dopo essere passata da Dio alla nazione, risiederà d'ora in poi nell'individuo? Dopo la stato-nazione, ci stiamo avviando al sorgere dello stato-individuo, in cui a ogni singolo vengano riconosciuti gli attributi e le prerogative che finora appartenevano agli stati?».

[126] Sul punto, si veda anche D. ARCHIBUGI, *Introduzione*, in D. ARCHIBUGI-R. FALK-D. HELD-M. KALDOR, *Cosmopolis. È possibile una democrazia sopranazionale?*, Manifestolibri, Roma, 1993, p. 14 ss., il quale dopo aver affermato che «i rischi insiti nell'idea dello stato-nazione senza che esso venga sostituito o integrato da istituzioni che ne assorbano alcune delle funzioni sono molto alti» sostiene che «una forma di organizzazione politica che è durata, in un modo o nell'altro, per diversi secoli, lo stato-nazione, sembra oggi non essere più in grado di assolvere alle sue funzioni. (…) L'incapacità dello stato di assolvere alle proprie funzioni più basilari, proprio quelle che ne giustificano l'esistenza anche in base ai fortissimi argomenti hobbesiani, impone allora di pensare nuove forme di organizzazione politica».

L'ordine cosmopolita giuridico [127] cui per questa via si vuole giungere, passa attraverso il riconoscimento del singolo come soggetto di diritto internazionale, riconoscimento cui l'istituzione del Tribunale penale internazionale avrebbe dato una notevole spinta. Nonostante ciò, il progetto di «fondare un nuovo Stato di diritto internazionale basato sulla eguaglianza dei popoli e sulle finalità della pace e della generale sicurezza» [128] è ancora lontano da realizzarsi [129].

La costruzione dello Stato universale, infatti, dovendo cercare una legittimazione democratica e non trovandola nel «popolo» mondiale – perché «un popolo mondiale sembra stare ben al di là dell'orizzonte visibile» [130] –, cerca di fondarla sul carattere sovrastatuale e universale dei diritti umani, affermando che «solo se i diritti umani troveranno la loro sede in un ordine giuridico democratico su scala mondiale (…) potremmo ritenere che anche a livello globale i destinatari di questi diritti ne sono al tempo stesso gli autori» [131] e dimenticando che l'universalità dei diritti umani, lungi dall'essere un dato di fatto, è ancora un obiettivo da raggiungere [132]. Così come dimentica che l'attuale configurazione dei diritti umani, come delineata nelle diverse dichiarazioni universali, è «l'espressione di una cultura giuridica e di una tradizione etica che hanno un posto ben preciso nella tradizione del mondo» [133], e cioè, quella occidentale [134]. Alla legittimazione dello Stato mondiale nel nome dei diritti umani e dell'umanità, strumento, val la pena ricordarlo, «particolarmente idoneo alle espansioni imperialistiche» e «nella sua forma etico-umanitaria (…) veicolo specifico dell'imperialismo economico» [135], va dun-

---

[127] L'espressione è utilizzata da J. Habermas in *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 202 ss., nonché in *Umanità e bestialità. Una guerra ai confini tra diritto e morale*, pubblicata sul sito Internet www.caffeeuropa.it/attualita/33habermas-guerra-ok.html.

[128] L. Ferrajoli, *loc. ult. cit.*

[129] Secondo B. Pastore, *Diritti umani e legge dei popoli*, Intervento alla Conferenza *Onu e Nato negli interventi armati: profili internazionali e profili interni*, 12 maggio 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara, sul sito Internet www.studiperlapace.org ci troveremmo attualmente in una fase di «transizione internazionale alla democrazia».

[130] M. Luciani, *L'antisovrano*, cit., p. 796.

[131] J. Habermas, *Umanità e bestialità*, cit.

[132] M. Luciani, *L'antisovrano*, p. 796; C. De Fiores, *I diritti inviolabili*, cit., p. 250.

[133] M. Luciani, *Cosa possono dare i diritti umani?*, cit., p. 10.

[134] Così M. Luciani, *Cosa possono dare i diritti umani?*, *loc. ult. cit.*; A. Baldassarre, *Diritti umani e Costituzioni*, in *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione,* cit., p. 140 ss.; C. De Fiores, *I diritti inviolabili*, cit., p. 252.

[135] C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in G. Miglio-P. Schiera (a cura di), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 139.

que opposta una decisa rilegittimazione dello Stato sovrano e, per esso, dei suoi organi costituzionali e rappresentativi, in quanto unico soggetto politico in grado di opporsi efficacemente, ma comunque democraticamente, alla uniformazione economica e tecnocratica in atto a livello mondiale [136]. Ciò, almeno fino a quando non ci saranno quelle condizioni minime di democraticità che sono necessarie all'affermazione della Costituzione del mondo.

[136] Cfr. C. De Fiores, *I diritti inviolabili*, cit., p. 251, che afferma «È necessario, allora, ripartire dagli Stati nazionali che, nonostante i processi di globalizzazione in atto continuano, ancora oggi, a rappresentare le cellule base della Comunità internazionale».

III

IL FORUM

Immigrazione e Costituzione

Quesito 1

Il radicale capovolgimento della posizione dell'Italia nei riguardi dei fenomeni migratori intervenuta negli ultimi due decenni è notoria e non merita di essere specificata. Quali sono a vostro giudizio le principali innovazioni a livello sociale che la nuova situazione ha determinato nel nostro Paese, quali i benefici che ha prodotto, quali i problemi sollevati? In altri termini, la diversità ed il multiculturalismo che si vanno diffondendo costituiscono più un problema da risolvere o più una ricchezza da sfruttare? Quale modello di inclusione ritenete più adatto alle tradizioni della società italiana: quello c.d. assimilazionista proprio dell'esperienza francese e di altri paesi europei o quello più propriamente multiculturale affermatosi nei paesi anglosassoni? Esiste, al momento, un modello italiano di integrazione?

Ritenete che il nostro ordinamento giuridico sia stato nel corso del tempo (dalla legge «Martelli» del 1990 alla legge «Turco-Napolitano» del 1998) adeguatamente attrezzato sul piano normativo e su quello dell'organizzazione amministrativa a fronteggiare la nuova situazione?

Rolando Tarchi

Innanzi tutto, a nome della Direzione e del Comitato scientifico della Rivista ringrazio i partecipanti per avere aderito alla nostra iniziativa. Un doppio ringraziamento ad Achille Chiappetti, che, con grande cortesia ci ha ospitato.

Come avete visto le domande proposte sono numerose; inizierei immediatamente evidenziando come, tra i quesiti proposti, il primo coinvolge anche problemi di carattere non propriamente giuridico, che è tuttavia necessario preliminarmente affrontare prima di entrare nelle questioni più squisitamente tecniche.

Salvatore Senese

A me pare che le principali innovazioni a livello socioculturale, determinate dalla situazione che si è venuta instaurando, tutto sommato da poco più di dieci anni a questa parte, possono compendiarsi in una progressiva, anche se discontinua, faticosa e in varia misura dolorosa, apertura della nostra società ed in una presa di coscienza di una realtà mondiale, politica, sociale ed economica, alla quale prima si prestava un'attenzione che definirei di carattere romantico, cioè non calibrata sulla consistenza e anche sulla asprezza dei problemi.

Credo, per esempio, che sia venuto meno uno stereotipo, che fino a qualche decennio fa era molto corrente, secondo cui gli italiani sarebbero immuni dal razzismo. E credo che rapidamente sono invece emerse tutta una serie di pulsioni, rispetto alle quali in questo momento non assumerei un atteggiamento valutativo, e che indicherei come il risultato, spesso inevitabile, dell'impatto brusco di una collettività con problemi non sufficientemente meditati prima.

Quali i benefici prodotti; quali i problemi sollevati?

I benefici, se vogliamo guardare da un punto di vista molto oggettivo, sono certamente innegabili, innanzitutto per la nostra economia. Ormai, comincia a diventare senso comune che – stante la composizione demografica ed il *trend* demografico del nostro Paese – senza l'apporto dell'immigrazione la nostra economia avrebbe fortissime difficoltà. Del resto, basta guardare la stampa confindustriale («Il Sole 24 Ore», ad esempio) per avvertire come al riguardo vi sia una grande attenzione nel senso ora indicato.

I problemi sollevati sono quelli riassumibili in una formula, mi pare di *Max Frisch*: «volevamo delle braccia, sono arrivate persone». L'arrivo delle persone pone problemi che sono d'integrazione, d'impatto culturale, di controllo – anche – di questi nuovi arrivati. E, a quest'ultimo riguardo, vi sarebbe da aprire tutto un discorso sui due poli estremi che oggi ancora si confrontano: da un lato, la posizione di massima liberalizzazione riassumibile nella formula «frontiere aperte» (che non è affatto una posizione che non esiste nel dibattito culturale del nostro Paese); dall'altro, la posizione di chiusura di chi auspicherebbe un'immigrazione a tasso quasi zero o comunque centellinata con riferimento strettissimo (e illusorio, prima ancora che vessatorio) alle esigenze della nostra economia.

Personalmente, ritengo che – allo stato attuale della convivenza sul pianeta – un controllo dell'immigrazione, per quanto riguarda l'ampiezza dei flussi ed i soggetti che entrano, sia difficilmente rinunciabile; che, peraltro, un tale controllo dovrebbe accompagnarsi ad una serie di misure volte a valorizzare al massimo le capacità di assorbimento della nostra economia e della nostra società, ad una politica attiva di accoglienza profondamente radicata nel rispetto dei diritti fondamentali, e ad una piena attuazione del diritto d'asilo.

Qual è il modello d'inclusione più adatto alle tradizioni della società italiana? Dico subito che, a mio avviso, questi modelli – modello assimilazionista/modello multiculturale – sono delle astrazioni, esprimono linee di tendenza, ciascuna delle quali, se esasperata, implica costi non indifferenti. Il modello assimilazionista – è stato giustamente osservato – rischia di avere come costo il sacrificio della identità culturale (ci sarebbe, peraltro, da precisare bene che cosa copra questa formula). Il modello multiculturale rischia di avere come costo la ghettizzazione. Ciò detto, a me sembra che noi non abbiamo tradizioni a questo riguardo; ce le stiamo faticosamente costruendo. Personalmente, propenderei per un modello che punti alla integrazione attraverso l'adesione al rispetto dei diritti fondamentali come tavola di valori, con un atteggiamento di grande laicità e quindi di difesa anche di alcuni valori supremi del nostro ordinamento tra i quali, su questo terreno, spicca la laicità dello Stato. Questo è il modello che bisognerebbe perseguire. Se allo stato attuale questo model-

lo esista, rispondo di no: come ho detto, è in via di faticosa costruzione ed è sottoposto ad un'impropria ed improvvida tensione. La costruzione di un modello d'integrazione attraverso il rispetto da parte di tutti dei diritti fondamentali, in un quadro di convinta laicità dello Stato, è uno dei punti su cui, a torto o a ragione – e probabilmente a mio avviso a torto per il Paese – si accende lo scontro politico contingente; mentre, su questo terreno, bisognerebbe invece cercare di costruire pacatamente posizioni comuni. Avviene invece che questo sia uno dei terreni privilegiati di uno scontro che poi viene giocato in termini di cattura del consenso.

Adeguatamente attrezzato il nostro ordinamento? Certamente la legge Martelli non era sufficiente. La legge Turco-Napolitano rappresenta a mio avviso un gran passo avanti, ma presenta tutta una serie di strozzature – delle quali probabilmente parleremo più innanzi – a cominciare da quelle propriamente normative, che hanno dato origine alle note questioni di legittimità costituzionale, sino alla mancata previsione di un'adeguata organizzazione amministrativa, che è in qualche modo – era ed è – un corollario importante, un completamento importante di questa legge, e si presenta invece abbastanza carente. Ricordo che, un po' più di un anno fa, esplose l'enorme problema dei centri di detenzione che spesso si rivelavano dei lager.

Alcuni rilievi puntuali. Trovo che sia stato un errore aver rinunciato – ma su questo forse torneremo in seguito – ad inserire una norma che consentisse agli stranieri dotati di carta di soggiorno la partecipazione alla vita politica locale attraverso l'esercizio dell'elettorato attivo e passivo. La formula codificata nell'art. 9/4, lett. d), d.lgs. n. 286 del 1998 – «partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento e in armonia con le previsioni del capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica, ecc.» – è una formula estremamente ambigua e apre una serie di problemi.

Trovo ancora che le strozzature a livello di punto terminale dell'integrazione, cioè di acquisizione della cittadinanza, siano intollerabili. Infine, trovo che questa legge funziona ancora peggio di quanto potrebbe funzionare perché è costretta a svolgere una funzione di supplenza rispetto alla mancanza di una disciplina organica del diritto di asilo, che in realtà è oggi un problema cardine dei nostri Paesi.

Marco Cuniberti

La prima domanda si articola in numerosi quesiti: cominciando dal primo, e cioè se la diversità e il multiculturalismo costituiscono un problema da risolvere o una ricchezza da sfruttare, credo che sia impossibile rispondere sulla base di una valutazione in termini di costi e benefici del fenomeno. Si tratta piuttosto di operare una scelta fra due atteggiamenti culturali di fondo, quello che vede nel confronto (anche conflittuale) fra culture un fattore di crescita e di progresso e quello che invece nel confronto coglie soprattutto l'elemento conflittuale e quindi il pericolo per la tenuta complessiva di un assetto sociale. Se personalmente mi sento più vicino al primo atteggiamento, non credo sia giusto disconoscere la legittimità del secondo, bollandolo come un atteggiamento retrogrado o razzista, perché molti di quelli che lo espri-

mono sono mossi da un intento pienamente rispettabile: la preoccupazione di difendere il risultato di secoli di progresso economico, sociale e politico, di difendere il proprio benessere e quello della propria comunità, di difendere i valori della società democratica che sono valori di libertà e di tolleranza. Una posizione che va rispettata, quindi, mettendo però in luce che il modello di società a cui si aderisce in questo caso è il modello di una società chiusa, una società che si difende – e che difende la propria identità – negandosi al confronto con altre culture.

Credo che occorra contestare alcuni luoghi comuni, e segnalare alcune contraddizioni in cui talora incorrono coloro che avversano la prospettiva di una società aperta e multietnica.

Una prima osservazione mi deriva dalla lettura del recente libello polemico di Giovanni Sartori sul multiculturalismo (o meglio, contro il multiculturalismo), dove si insiste molto su una rappresentazione – secondo me un po' costruita ad arte – dei fautori della società multietnica o multiculturale che dir si voglia: costoro vengono rappresentati come degli idealisti che credono che una società multietnica sia una società senza conflitti, una società dove regna l'armonia. Questa può essere la convinzione di qualcuno, ma credo che per lo più chi consapevolmente difende la prospettiva di una società multietnica la difende essendo ben consapevole del fatto che la società multietnica è una società dove c'è conflitto, un conflitto a volte anche aspro, forse in qualche caso anche violento, ma la difende perché ritiene che il confronto – anche conflittuale – fra le culture sia comunque un fattore di progresso.

Molti degli argomenti più diffusi portati contro le prospettive dell'integrazione fanno leva sulla preoccupazione della difesa dei valori propri della società occidentale. A questo riguardo, premetto che ritengo inutile e inopportuno il ricorso in questa sede a concetti come quello di «identità nazionale»: una «identità» siffatta, quand'anche si riesca a definirla (il che mi pare problematico, come per ogni altra identità collettiva), non vedo come la si possa difendere con strumenti autoritari, come le misure in materia di immigrazione. L'identità, se c'è, si afferma necessariamente in confronto e in contrapposizione a qualche cos'altro: un'identità che si difende chiudendosi in sé stessa e negandosi al confronto è un'identità che riconosce da sé la propria debolezza ed ammette in partenza la sua sconfitta.

Vi è poi una contraddizione, in coloro che avversano la prospettiva dell'integrazione argomentando sulla difesa dei valori e della cultura occidentali: mentre da un lato si manifesta un grande attaccamento ai valori della nostra società, dall'altro lato si tende a negare ad altri la possibilità di condividere questi valori e di utilizzare i sistemi di garanzie che il nostro ordinamento ha eretto a loro tutela.

Prendiamo ad esempio la questione della condizione femminile: non ci dà in fondo molto fastidio che una donna sia trattata in modo discriminatorio, se questo avviene anche solo a qualche chilometro dai nostri confini; riteniamo (giustamente) intollerabile, invece, che questo avvenga a casa nostra. Chi crede realmente che la difesa dei diritti delle donne costituisca un valore irrinunciabile, dovrebbe vedere con favore il fatto che coppie o famiglie, provenienti da paesi in cui i diritti delle donne sono meno tutelati, si stabiliscano sul nostro territorio, dato che qui sicuramente la donna ha maggiori possibilità di tutela che nel suo paese di origine. Siccome però questo

può costituire un problema, perché tutelare questi diritti può generare conflitti all'interno della nostra società, si finisce col preferire che queste coppie o famiglie rimangano a casa loro: da un lato, insomma, si professa un grande attaccamento ai valori dello stato democratico di diritto, dall'altro siamo così attaccati a questi valori che li vogliamo soltanto per noi.

Qui mi pare ci sia anche una certa contraddizione rispetto a quanto accade – e col ruolo che talora l'occidente ha assunto – sul piano delle relazioni internazionali: da un lato si interviene – anche pesantemente – per la tutela di certi diritti umani in certi paesi, dall'altro non solo si tollera (il che può essere accettabile in termini di realismo) che altri diritti vengano calpestati al di fuori dei nostri confini, ma si nega tutela a chi chiede di sottrarsi alle violazioni e di condividere il nostro sistema di valori e di garanzie.

Mi sembra anche ampiamente discutibile il punto di vista di chi vede nell'immigrazione una minaccia al benessere economico. Si ricordava prima che in realtà gli immigrati portano ricchezza: aggiungo che la preoccupazione (che infatti oggi si avverte sempre meno, ma che riaffiora, ad esempio, nella proposta di reintrodurre la condizione di indisponibilità di mano d'opera nazionale come requisito per l'accesso dello straniero al lavoro) che lo straniero che entra nel territorio per lavorare tolga il lavoro al cittadino è una preoccupazione che potrebbe rivelarsi ampiamente superata in un contesto come quello attuale, in cui, in realtà, anche quando non è il lavoratore extracomunitario a venire in Italia per cercare il lavoro, è molto più spesso l'offerta di lavoro che si sposta all'estero, alla ricerca di mano d'opera più conveniente.

Quanto al problema dei diversi modelli di integrazione, condivido quando si diceva prima: non credo tanto all'esistenza di modelli astratti, credo piuttosto che ogni Paese abbia avuto una sua esperienza di integrazione, legata alle vicende storiche, e che poi da questo si siano ricavati dei modelli.

Entro certi limiti, peraltro, una certa dose di assimilazionismo, se così vogliamo chiamarlo, non mi pare sia da deprecare, quantomeno nel momento in cui si postula un'integrazione che culmina nel possesso della cittadinanza. Mi sembra cioè legittimo richiedere, a un soggetto che vuole diventare cittadino, un minimo di attitudine ad esercitare consapevolmente e responsabilmente i diritti che l'attribuzione della cittadinanza comporta: dalla conoscenza della lingua, alla conoscenza dei meccanismi costituzionali e dei principi su cui si regge il nostro ordinamento. Però questo io lo vedo nell'ottica della garanzia che colui che chiede di diventare cittadino sia in grado di esercitare consapevolmente i propri diritti: mi suscita molte più perplessità, invece, l'idea che allo straniero sia richiesta una adesione profonda ai valori propri della nostra cultura, ai valori condivisi dalla maggioranza dei cittadini italiani. Una simile pretesa rischierebbe di essere arbitraria, da un lato perché mi sembra tutt'altro che scontato quali siano i valori di cui si discute e in quale misura siano o debbano essere condivisi, dall'altro perché un simile livello di adesione non è richiesto, in fondo, neanche a chi è già cittadino per nascita.

Dall'altra parte, ho delle perplessità anche nei confronti di una adesione acritica ai postulati del cosiddetto multiculturalismo. Si parlava ad esempio (nel contesto di

un'altra domanda) della posizione di Luigi Melica sulla condizione dello straniero: si tratta di una tesi che non mi convince quando sostiene che il vero problema che si pone di fronte allo straniero non è un problema di eguaglianza ma è un problema di tutela e di riconoscimento delle differenze, e soprattutto quando invoca in questo ambito una disposizione come l'art. 6 della Costituzione sulla tutela delle minoranze linguistiche. L'art. 6 è stato pensato per applicarsi a cittadini, a soggetti, cioè, rispetto ai quali il problema della parità dei diritti era dato per scontato e quello che si poneva era un problema di sovrappiù di tutela. Applicare questa disposizione a soggetti privi della cittadinanza comporta un grosso rischio, cioè che il riconoscimento della differenza finisca per pregiudicare le possibilità di piena integrazione di questi soggetti nel tessuto della Repubblica. Insomma il rischio è che si dica agli stranieri: noi riconosciamo tutte le vostre differenze, di ordine culturale, sociale, religioso, morale, e le tuteliamo accordandovi uno statuto particolare, ma proprio in quanto titolari di uno *status* particolare voi resterete sempre una comunità distinta da quella nazionale; siccome siete diversi, e vi abbiamo riconosciuto questa diversità, voi non vi potete integrare, non avete titolo a concorrere all'adozione di decisioni che riguardano la comunità nel suo complesso. Non è un caso che proprio il ragionamento di Sartori vada in questa direzione. Sartori infatti dice: se noi accordiamo l'ingresso a soggetti portatori di culture profondamente diverse dalla nostra, poi dobbiamo riconoscere loro il diritto di vivere secondo i loro valori; e siccome questo in realtà rischia di minare i fondamenti della nostra civiltà giuridica e della nostra cultura, allora la soluzione preferibile è quella di non farli neanche entrare.

Credo che qui si annidi un equivoco, che consiste nell'alternativa tra un assimilazionismo integrale, per cui si richiede allo straniero non solo di attenersi alle regole della convivenza imposte dal nostro ordinamento ma anche di aderire ai valori a questo sottostanti, e un multiculturalismo altrettanto integrale, che vuole che a chi professa valori in contrasto con quelli della nostra Costituzione debba essere sempre in ogni caso consentito di adeguare i propri comportamenti esteriori ai propri valori e ai propri convincimenti profondi.

Un ordinamento autenticamente liberale e pluralista dovrebbe invece reggersi su una netta divisione tra la sfera morale, culturale e religiosa (in cui ciascuno, singolo o gruppo, rimane libero di professare i valori in cui crede) e la sfera giuridica, in cui ci sono regole di convivenza, suscettibili di evolversi attraverso l'interpretazione e di essere mutate attraverso i processi democratici, ma che in quanto vigenti devono essere osservate da tutti. Se poi il problema è quello di riconoscere in qualche misura un trattamento speciale per chi appartiene a certe confessioni religiose, credo che lo strumento delle intese di cui parla l'art. 8 della Costituzione sia uno strumento sufficientemente duttile per garantire queste esigenze, e comunque sempre entro il limite dei principi dell'ordinamento giuridico.

Un ultimo punto riguarda la valutazione sullo sviluppo della legislazione italiana in materia. Mi sembra difficile sostenere la nostra legislazione in materia potesse meritare una valutazione positiva fino all'approvazione della legge attualmente vigente: si trattava di interventi frammentari, mossi da logiche di tipo emergenziale, privi di respiro organico. La legge attuale, con tutte le ombre che la contraddistin-

guono, rappresenta un indubbio passo in avanti e credo che realizzi un compromesso soddisfacente tra l'esigenza di un controllo sull'immigrazione e la tutela dei diritti di chi entra legalmente.

Il discorso relativo alle prassi amministrative e all'attuazione concreta della legge è completamente diverso, perché mi pare che l'organizzazione amministrativa sia ancora per molti aspetti inadeguata. Lo stesso principio della programmazione dei flussi, che è presente peraltro da tempo nella nostra legislazione, mi pare faccia fatica a avviarsi a pieno regime, e gli uffici amministrativi continuano a muoversi con le logiche proprie del passato, senza adeguarsi ai principi di trasparenza e di semplificazione che dovrebbero contraddistinguere tutta l'azione amministrativa, e a maggior ragione un settore come questo, in cui più forte è il disagio del soggetto che entra a contatto con l'amministrazione e più delicati sono i riflessi dell'azione amministrativa sulla vita di una persona.

Achille Chiappetti

Anticipo subito che il mio intervento dovrebbe risultare più breve anche perché si tratta di un quesito riguardante un tema che ho trattato relativamente poco; quindi, potrò formulare soltanto dei commenti «*di primo approccio*», tipici di un profano.

Leggendo il primo quesito ma, ovviamente, anche gli altri, mi è venuto immediatamente alla mente qualche dubbio circa la necessità del metodo da seguire. In proposito ritengo che qualche premessa sia necessaria, prima di iniziare a rispondere alle varie domande.

Credo che molte delle problematiche che oggi riguardano i diritti degli extracomunitari che vogliono immigrare in Italia vengono affrontate non tenendo presente che vi è una duplicità di piani sui quali si deve muovere lo Stato. Credo che sia molto importante scindere il momento dell'ammissione degli stranieri in Italia e, quindi, dei diritti connessi a quel momento, dall'altro aspetto che riguarda, invece, i diritti degli stranieri che già si trovano in Italia – si suppone – legalmente.

Penso che questa distinzione vada sempre tenuta presente anche perché molto spesso le domande e le risposte confondono i due piani e spesso le risposte alle domande relative ai diritti degli stranieri in Italia sono condizionate dalla mancata risoluzione dei problemi relativi all'ingresso degli stranieri stessi nel territorio nazionale. Nelle risposte che seguiranno tenterò pertanto di rimarcare sempre questa distinzione che incide su ogni aspetto del problema, anche perché sono convinto che la reazione negativa nei confronti dell'immigrazione in ampia parte della società italiana ma non soltanto di quella italiana, fino al punto di dare vita a fenomeni di quasi xenofobia, è dovuta ed è rafforzata dal fatto che spesso e volentieri non è stato risolto in modo adeguato il nodo prioritario dell'entrata degli stranieri in Italia, con conseguenti ricadute sull'accoglienza che riserva loro la massa dei cittadini.

Anche il primo quesito riguarda aspetti la cui risoluzione è stata offuscata dalla non separazione dei due momenti, dell'entrata e della permanenza degli stranieri. E l'eventuale diversità delle risposte può essere causata dalla confusione dei due piani.

E ciò che è peggio è che la contrapposizione, la quale forse non dovrebbe neanche venire in essere, si rafforza con il passare del tempo a causa della politicizzazione del dibattito che ne comporta la radicalizzazione.

Vi è un valore che a mio avviso è ineludibile, che potrebbe costituire patrimonio comune di tutti gli italiani e che dovrebbe essere considerato preminente nelle scelte dello Stato in materia di ingresso di stranieri in Italia. Intendo riferirmi a valori che sono considerati particolarmente indigesti ad una buona parte di noi anche perché collegati a tragiche esperienze non democratiche della nostra storia, l'identità nazionale o altri concetti di questo genere. Eppure si tratta di valori che sono fortemente sentiti e non demonizzati in esperienze in realtà statuali di chiara marca democratica. Anche nel recente progetto di legge sull'immigrazione presentato dall'attuale Governo socialdemocratico tedesco, il concetto di identità nazionale ottiene un pieno ed incondizionato riconoscimento, anche se vengono utilizzate formule meno dirette quale «*il rafforzamento della stabilità interna della società tedesca che giustifica le limitazioni all'ingresso con la necessità di provvedere all'integrazione degli immigrati*».

Da noi, concetti di questo genere risvegliano evidentemente sensi di colpa, subconsci connessi a responsabilità remote nel tempo di cui a mio avviso non si dovrebbe più tenere conto. Dovremmo invece tentare di ricordarci un po' meglio quanto afferma la nostra Costituzione in proposito; quanto, cioè, questa valorizzi fortemente il concetto di nazione e quelli connessi di unità nazionale ed i valori identificativi del nostro antico popolo.

Già in tempi ormai lontani Carlo Lavagna ci insegnava che perfino l'art. 1 Cost., laddove affermava che «*l'Italia è una Repubblica*» ha voluto indicare, attraverso la parola Italia, la nazione italiana costituita dalla comunità degli italiani che ha le sue radici e il suo territorio che è appunto quella realtà geo-politica identificata nell'ambito dei confini del nostro Stato e forse anche parzialmente al di là dei confini stessi. E non è un caso che la Costituzione tuteli in più articoli la realtà della nazione italiana, della sua unità e dei suoi peculiari valori. Non sarebbe neppure necessario ricordare l'art. 5 Cost. e neppure l'ancora più esplicito art. 9, secondo comma, dove sancisce che la Repubblica «*tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della nazione*». Né possiamo storcere il naso o considerare fuori moda la solenne disposizione contenuta nell'art. 52, primo comma, per il quale, «*la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*» e potremo continuare nella ricerca delle altre disposizioni costituzionali che valorizzano la nostra identità nazionale e il valore della Patria.

E si badi bene, questi sono concetti che possono pure apparirci romantici o esagerati e perfino superati; ma ciò non toglie che sono elementi essenziali ai fini della stessa sussistenza della sovranità dello Stato italiano e perciò sono riconosciuti e fortemente voluti e difesi dalla nostra Costituzione, anche se questa in molte altre disposizioni propone ampie aperture del Paese verso l'esterno al punto di consentire perfino limitazioni della sovranità nazionale (art. 11).

È indubbio, quindi, che anche nei confronti degli attuali problemi dell'immigrazione vi siano delle regole costituzionali alle quali i nostri apparati pubblici si devono attenere e *in primis* il legislatore. Quest'ultimo deve intervenire affinché il fenomeno migratorio non finisca con l'assumere dimensioni o natura tale da porre anche

lontanamente in pericolo i valori dell'unità e dell'identità nazionale. E ciò tanto più è necessario riguardo alla disciplina del momento di entrata dello straniero in Italia, risolto il quale in modo adeguato è possibile affrontare con maggiore serenità e anche con maggiore larghezza e generosità gli aspetti della tutela degli stranieri in Italia e dei loro diritti, anche volendo, elettorali.

Un altro aspetto che a mio avviso va affrontato prioritariamente riguarda la definizione del concetto stesso di immigrazione.

L'immigrazione è un fenomeno che può assumere diversissime connotazioni ed il termine stesso di immigrazione può significare tante cose. È immigrazione pure quel fenomeno che ha caratterizzato per tanti anni il nostro Paese che ha accolto per secoli artisti, letterati, rifugiati o anche anziani signori inglesi o tedeschi che acquistano proprietà in Toscana o in Umbria o in Liguria per passarci la loro vecchiaia. Si è sempre trattato di numeri ristretti e non è un caso che non ci siamo mai posti i problemi tipici dei paesi di immigrazione. E ciò non meraviglia, i fenomeni migratori appaiono più rilevanti e determinano complesse problematiche quando riguardano fenomeni di massa e da questo punto di vista, dalla fine dell'800 fino al *boom* economico degli anni '60 ci siamo sempre giustamente considerati paese di emigrazione.

Da una quindicina d'anni, circa, il fenomeno si è rovesciato. Siamo diventati un paese «*ricco*» nel quale i cittadini godono di vaste libertà; quindi non meraviglia se siamo divenuti paese di immigrazione. Ed è comprensibile che l'atteggiamento degli italiani sia radicalmente mutato e ciò non deriva esclusivamente dalla diffusione di un più forte egoismo degli italiani stessi. La realtà è cambiata: avevamo una visione romantica e astratta, ci sentivamo antirazzisti e generosi, perché nessuno ci chiedeva accoglienza e pochi ci chiedevamo di dividere con loro le nostre scarse ricchezze. Oggi tutto è cambiato. L'immigrazione ha assunto degli aspetti inquietanti, per il numero degli immigranti, per il modo in cui essi arrivano da noi, per le grandi differenze sociali, culturali e razziali che caratterizzano i nuovi venuti e la reazione, ovviamente, è improntata a paura ed a diffidenza, non necessariamente o, quantomeno non ancora, al razzismo.

Va tuttavia detto che, anche per questo aspetto, vi sono carenze da parte degli apparati pubblici; specialmente lo stato legislatore è rimasto troppo a lungo inerte se non indifferente, non provvedendo tempestivamente alla regolamentazione del fenomeno al fine di smussare gli aspetti più traumatici e pericolosi.

I cittadini, in altre parole, sono stati lasciati soli e questa circostanza ha reso molti insensibili agli aspetti positivi dell'immigrazione che non sono soltanto quelli egoistici della possibilità di trovare manodopera a basso prezzo e disponibilità a svolgere lavori non più accettati dagli italiani. In effetti il fenomeno dell'immigrazione consente un'apertura della società, allargando la conoscenza di realtà sociali e politiche diverse dalle nostre, la convivenza con ampio numero di stranieri ha reso più sensibili gli italiani a tante problematiche che esistono nel mondo, alle quali normalmente essi non erano particolarmente interessati. Sarà stato perché non abbiamo avuto un impero coloniale reale, sarà il fatto che non siamo mai stati una grande potenza internazionale, ma obiettivamente la cultura italiana e la conoscenza del mondo esterno era estremamente limitato. L'immigrazione ha portato – almeno in parte –

l'Italia fuori dal suo provincialismo tradizionale e ha aumentato certamente la nostra sensibilità ai problemi delle altre parti del mondo.

Anche se l'immigrazione, così come è stata fin'oggi realizzata, senza regole precise e poste da parte del legislatore, ci ha portato in un multiculturalismo disordinato e ruspante, essa ha ampliato certamente le vedute di molti italiani o quanto meno li ha forzati a rendersi conto che esistono realtà diverse che hanno la loro dignità e hanno i loro valori.

È per questa ragione che del quesito postoci, il termine che più mi ha colpito, laddove si pone l'opzione tra l'assimilazione ed il multiculturalismo, è quello di «*modello*» e la prima domanda che a mio avviso ci si deve porre è questa: in che senso può parlarsi di modelli e in che modo i modelli possono costituire precedenti o procedimenti ai quali riferirsi?

Il concetto di modello dà, infatti, l'idea di qualcosa di costruito razionalmente, che segue un disegno ben precisato. Nei fenomeni dell'immigrazione, invece, noi abbiamo più che altro delle esperienze. L'esperienza francese, ad esempio, si colloca in una tradizione culturale fortemente propensa all'accoglimento degli stranieri fondata sul particolare sentimento che i francesi hanno della forza (e, a ben vedere, della superiorità) della propria cultura; di talché l'accoglienza è sostanzialmente vista come una palestra per far valere la capacità di assorbire sul piano culturale e quindi nell'ambito dell'identità nazionale gli stranieri. Una certezza, questa, che si è tuttavia recentemente dimostrata un'illusione, caduta la quale il nostro grande vicino ha dato luogo a comportamenti repressivi sul piano culturale come è avvenuto per le vicende dell'uso dello *chador* e dei «*sans papiers*».

Le esperienze quindi non possono costituire modelli, ma tutt'al più le basi di una sistemazione ordinata dei vari fenomeni migratori.

Da questo punto di vista posso dire che certamente alcuni elementi di conformità comportamentale possono riconoscersi nella circostanza che gli italiani fanno parte della grande famiglia dei popoli latini, i quali, molto più degli anglosassoni, hanno attitudine all'assimilazione delle razze e delle culture.

A mio avviso, il raffronto con la Francia si limita a questo aspetto: l'assimilazione che opera in quanto non si attribuisce un eccessivo rilievo alle differenze razziali o culturali. E in questo modo di operare non abbiamo elementi comuni soltanto con i francesi; basterebbe ricordare il profondo e rapido processo di assimilazione che più o meno marcatamente è venuto in essere nel centro e nel sud America, colonizzati da spagnoli e portoghesi. Potremo quasi dire che nel nostro DNA di latini o nella nostra costituzione materiale vi è una certa propensione per il superamento delle barriere culturali e razziali.

Le differenze con l'esperienza francese si possono comprendere se distinguiamo due tipi di processo di assimilazione: quello spontaneo, tipico delle vicende dell'America latina e quello sostanzialmente imposto al fine di smussare le differenze sulla base di un modello nazionale, tipico dell'esperienza francese.

Non si deve, infatti, dimenticare che il modello francese, se vogliamo parlare di modello, appartiene piuttosto al secondo genere. La Francia opera infatti in un contesto caratterizzato da un solido quadro di identità nazionale e di importante e anti-

ca storia culturale nonchè di un importante contesto di tradizioni che, dobbiamo riconoscere, sono certamente più forti che da noi. L'assimilazione in Francia parte quindi da una forte consapevolezza, non necessariamente sbandierata, della propria superiorità culturale e le culture di cui sono portatori gli stranieri vengono progressivamente assorbite prevalentemente a senso unico o comunque mitigate.

La realtà italiana, sia per motivi storici – il recente raggiungimento dell'unità – e geopolitici, è nettamente meno consolidata. È più di un secolo che tentiamo di trovare valori culturali comuni che non possono essere quelli ai quali ha tentato di aggrapparsi il fascismo richiamandosi velleitariamente alla civiltà e alla potenza dell'antica Roma, né quelli – per dirla provocatoriamente – delle vittorie della nazionale di calcio o di Bartali, Coppi o Tomba.

È evidente che, se di assimilazione si vuole parlare, non è certo quella che si realizza attraverso l'avvicinamento degli stranieri ai nostri valori culturali e unitari dominanti. Il rischio è che sia la nostra cultura ad entrare in antitesi con culture estere che la respingono. Non voglio dire che vi sia un vero e proprio rischio di soccombenza ma è diffuso il convincimento che la nuova situazione, che caoticamente si sta realizzando, a seguito di flussi immigratori vasti e incontrollati, è che in qualche modo possa essere posto in gioco l'identità nazionale con i suoi valori spirituali e culturali. L'esperienza che rischiamo dunque di percorrere è che, convinti di procedere sulla base dell'esempio dell'assimilazione, ci troviamo poi a confrontarci in una realtà multiculturale che si fonda invece su di una convinta consapevolezza delle diversità.

Senonché noi non ci troviamo in America del nord dove tale concezione si fondava implicitamente sulla preminenza politica ed economica della razza anglosassone.

Verremmo quindi subito a trovarci in una situazione di disordine e di instabilità che caratterizza oggi il *melting pot* statunitense dal momento che alcune sue componenti (quella ispano-americana e nera) sono diventate politicamente ed economicamente molto più forti. E di tutto questo l'opinione pubblica italiana prevalente è, a mio avviso, fortemente consapevole e non possiamo considerare prodotto di faciloneria e superficialità le affermazioni di coloro che, con esagerato ottimismo, si augurano che il nostro paese diventi una società multirazziale, prendendo per buone esperienze irripetibili o solo apparentemente entusiasmanti.

Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico mi riservo di parlarne successivamente. Quello che posso dire sin da ora è che la legge Martelli era insufficiente, ma anche la Turco-Napolitano, a mio avviso, è ancora costruita sull'emergenza e non può neppure essa considerarsi adeguata alle peculiari esigenze della società italiana di fronte ai vasti fenomeni di immigrazione che oggi la riguardano. Né tale legge è riuscita ad affrontare partitamente e seriamente i due piani sui quali si svolge il fenomeno dell'immigrazione; essa desta, pertanto, perplessità senza ridurre l'allarme della stragrande maggioranza dei cittadini che, ripeto, non sono certamente imputabili di razzismo o xenofobia. Parlerò più specificatamente degli strumenti giuridici in occasione dei successivi quesiti.

Annamaria Casadonte

Desidero, innanzitutto, ringraziare dell'invito a questo Forum.

Per quanto riguarda la prima domanda, poiché molte delle cose sono già state dette, farò qualche considerazione di carattere residuale. Sottolineerei che trovo molto opportuna l'assimilazione del tema dell'immigrazione alla materia costituzionale, perché credo che la gestione dell'immigrazione non possa prescindere dal riconoscimento del valore che lo Stato ha rispetto a questa tematica e che la Costituzione di un paese democratico deve garantire. Mi spiego meglio. Noi siamo stati, come si è già detto, un paese di emigrazione: nel giro di cento anni abbiamo avuto, si parla numericamente, 26 milioni di espatri a fronte di 9 milioni di rimpatri che si sono avuti sempre nel corso di questo periodo. Quindi, un massiccio numero di nostri connazionali sono andati all'estero e questo già ci dà l'idea di qual era e di come è stato vissuto da noi in passato il fenomeno dei flussi migratori. A fronte di tutto ciò, noi siamo diventati, nel giro degli ultimi venti anni, un paese di immigrazione. Questo è chiaro che ha stravolto la prospettiva che avevamo in passato, però io non credo che l'attuale prospettiva sia necessariamente da considerare in termini problematici. Nel giro di questi venti anni, infatti, abbiamo cominciato ad imparare a convivere con questa realtà anche se non sono mancate le difficoltà. Dal punto di vista normativo abbiamo iniziato ad attrezzarci e siamo arrivati ad un punto in cui, io credo, possiamo focalizzare meglio certi problemi legati all'immigrazione e avere una visione anche un po' più serena rispetto al problema in generale.

Conseguentemente ritengo che, quando si voglia ripresentare l'immigrazione esclusivamente come problema, lo si faccia con la finalità politica di creare attorno ad esso un'emergenza che non è sempre giustificata nel comune sentire. In realtà saremmo in grado di vivere più serenamente gli ordinari rapporti con gli immigrati che vivono accanto a noi. L'inopportunità di presentare il disegno di legge di cui si parla in questi giorni in termini emergenziali e problematici è stata peraltro evidenziata anche da un giornale come «Il Sole 24 Ore» – che non può essere sospettato di essere aprioristicamente a favore dell'immigrazione – il quale ha rimarcato, attraverso le parole di Ilvo Diamanti, come l'opinione pubblica si fosse in parte distaccata da questo tipo di approccio, essendo ormai avviato un minimo di inserimento sociale. Questo per dire come la direzione che bisogna incoraggiare è quella in cui lo Stato si fa carico del riconoscimento agli stranieri non solo di una serie di doveri ma anche di tutti quei diritti che consentono e favoriscono l'effettiva integrazione. Pertanto, personalmente non sono d'accordo con la riproposizione dell'immigrazione in termini di fenomeno che incide principalmente, compromettendola, sulla sicurezza dei cittadini.

Mi rendo conto che anche con riferimento all'attuale momento storico in cui avviene questo Forum, e cioè agli attentati terroristici verificatisi negli Stati Uniti, una simile dichiarazione, può sembrare un po' ingenua ovvero incosciente. Però io credo che si debba restare saldi e ragionevoli per poter affrontare il problema sotto

la prospettiva enunciata del riconoscimento e della predisposizione degli strumenti che favoriscono l'integrazione ed il governo del fenomeno dell'immigrazione. A questo proposito credo che il modello al quale ci si debba ispirare effettivamente non esista. Esistono però, come è stato detto, le esperienze e ognuna di queste ha evidenziato dei problemi da evitare. In un interessante saggio, il sociologo Zygmunt Bauman ha evidenziato come l'approccio c.d. multiculturale finisca per favorire, proprio come diceva il senatore Senese, la ghettizzazione, perché si fonda sulla filosofia dell'indifferenza al diverso, al quale in tanto viene riconosciuto il diritto di esistere nella misura in cui non incide sull'esistenza altrui. Ma ciò non rappresenta un vero riconoscimento dell'altrui identità, ma solo una tolleranza che assomiglia piuttosto all'indifferenza e che laddove si è realizzata storicamente e mi riferisco alla *melting pot* americano o alla società più propriamente multiculturale dell'Inghilterra non ha portato quale risultato l'effettiva integrazione che ci si sarebbe aspettati. E di ciò ne è indiretta conferma la posizione di chiusura che l'Inghilterra esprime nei confronti dell'Unione Europea.

Anch'io penso che l'esperienza c.d. assimilazionista francese possa essere utile anche se è poi vero che noi non siamo un Paese che esprime valori così forti e radicati quali quelli espressi dalla società francese e da così tanto tempo. Ciononostante credo che sia preferibile un modello di questo tipo perché, per esempio, insegnare agli immigrati la lingua francese è non solo un modo per favorire l'assimilazione con la società nella quale vivono, ma anche un'opportunità per gli stessi stranieri, i quali possono in tal modo scegliere se continuare a conservare la loro identità o se, invece, misurarsi e attrezzarsi con il paese nel quale hanno scelto di vivere. Al contrario il rischio del c.d. multiculturalismo è che la difesa della propria identità non sia una scelta ma sia una necessità a fronte della mancata possibilità di una effettiva integrazione.

Per quanto riguarda poi il nostro ordinamento giuridico è inutile dire che, aldilà di tutte le osservazioni critiche che si possono fare, pur tuttavia la legge Turco-Napolitano resta la prima legge organica che ha affrontato la materia, ed è, anche solo per questo motivo, una legge indubbiamente innovativa. Si tratta di verificare, e su questo ci sono moltissime e fondate critiche, l'attuazione di questa legge soprattutto nella parte in cui riconosce diritti che però rischiano di restare lettera morta se non trovano adeguato riscontro. Della legge Turco-Napolitano non a caso si sente parlare per lo più per la parte che riguarda le norme che regolamentano l'ingresso o che riguardano i reati di favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza clandestina e meno delle norme in tema di diritti civili. Quindi, con tutte le riserve e critiche del caso è comunque a mio avviso una legge più avanzata rispetto a quella precedente.

Il limite all'attuazione è collegato a quanto altri relatori hanno già detto in merito all'inefficienza o all'impreparazione dell'organizzazione amministrativa, ma c'è da sperare che, se la legge non verrà troppo compromessa, le indicazioni che anche la giurisprudenza sta offrendo, possano ispirare l'attività amministrativa nella individuazione delle prassi in materia.

Rolando Tarchi

Mi sembra di poter osservare che le cose dette sono tutte estremamente interessanti; tutti gli interventi, nonostante la diversità di accenti e di convincimenti, mettono a nudo la drammaticità del tema che stiamo discutendo. Vorrei solo fare una precisazione, per rispondere ad una velata critica che traspare dall'intervento di Achille Chiappetti, per il modo in cui è stato formulato un passaggio della prima domanda. In questo contesto il termine modello, cui fa peraltro ricorso la letteratura costituzionalistica sull'argomento, è stato utilizzato quale espressione sintetica per esplicitare nel modo più immediato possibile i termini del problema proposto. Conveniamo che, al riguardo, sarebbe più corretto parlare di esperienze, per la concretezza e la casualità fattuale delle situazioni esistenti. D'altra parte, però, anche concetti fondamentali del diritto costituzionale quali quelli di forma di stato o di forma di governo sono spesso costruiti non con riferimento a modelli astratti o razionali, ma all'assolutizzazione di esperienze reali che presentano determinati elementi comuni. Certo, si tratta di concetti più consolidati, ma il metodo per la loro definizione appare molto simile a quello utilizzato nel caso di specie.

Passiamo quindi al secondo quesito, seguendo un ordine inverso rispetto al primo giro.

Quesito 2

La questione cui gli studi dei costituzionalisti hanno dedicato la maggiore attenzione è quella dei diritti degli stranieri extracomunitari. Al riguardo dopo il superamento della concezione della reciprocità la giurisprudenza costituzionale (fin dalla sent. n. 120 del 1967) ha impostato, sulla base di un'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3 e 10.2 Cost., la questione in termini di ragionevolezza, riconoscendo agli stranieri la titolarità di tutti i diritti fondamentali, con la sola eccezione di quelli connessi strettamente allo status *di cittadino.*

Nella pratica le differenze di trattamento riguardano essenzialmente due questioni: il diritto di ingresso e di soggiorno nel territorio dello Stato, la titolarità dei diritti politici. Con riferimento alla prima questione, pur permanendo un potere esclusivo di decisione da parte dello Stato, riconducibile alle prerogative sovrane, si tratta di stabilire se, almeno in determinati casi particolari, tale potestà risulta in parte compromessa da altri principi (quali la tutela del diritto di asilo o di altri diritti fondamentali) nonché da vincoli di natura internazionale derivanti anche dalle convenzioni generali e dalle carte dei diritti, ispirate ad una logica universalistica e protettiva dei diritti umani, le quali ultime troverebbero una protezione costituzionale nella previsione dell'art. 10.2 Cost.

Il tema del riconoscimento dei diritti politici (libertà di associazione partitica, diritto ad una rappresentanza, diritto di voto) appare ancora più caldo e nonostante la posizione tendente all'apertura di parte della dottrina più recente (Cuniberti, Melica) si scontra con concezioni di segno contrario assai radicate che identificano lo status activae civitatis *con il possesso della cittadinanza.*

Qual è la vostra posizione su tali problemi? Considerando che il riconoscimento di un diritto di partecipazione politica dovrebbe riguardare essenzialmente la sfera dei poteri locali, ritenete possibile che i nuovi statuti regionali che saranno approvati nei prossimi mesi introducano previsioni in materia?

Annamaria Casadonte

Su questo tema posso collegarmi alla risposta precedente, ritenendo di poter rinviare all'elenco dei diritti enunciati nei primi articoli della legge. Per quanto riguarda il riconoscimento del diritto alla partecipazione politica, che inizialmente era previ-

sto, avrebbe potuto e avrebbe dovuto essere mantenuto, perché, come dicevo prima, credo che l'integrazione debba essere considerata come un'opportunità necessaria per l'effettivo governo dell'immigrazione.

Achille Chiappetti

Per quanto concerne la disciplina del diritto di ingresso e soggiorno e dei diritti politici dello Stato, credo di poter confermare che la competenza dello Stato rimane totalmente ed esclusivamente ad esso riservata, anche perché ogni limitazione esterna a tale potere deriva comunque da una manifestazione della volontà dello Stato stesso. Ciò, d'altronde, corrisponde alla sistematica dei principi stabiliti dalla Costituzione, la quale sanziona la preminenza e sussistenza della sovranità nazionale, e solo in base a questa prevede la possibilità di sue limitazioni derivanti da trattati o dalla partecipazione ad organizzazioni internazionali. Certo, se lo sviluppo dell'integrazione europea proseguirà secondo le attuali previsioni, le scelte in materia di immigrazione potranno non essere più determinate dallo Stato italiano bensì dalla nuova unione di stati che ad esso si sarà sostituita. Sarà comunque uno stato – lo stato europeo – titolare della sovranità, ad assumere le decisioni in materia. Finché ciò non avverrà, ritengo che vi sia una riserva assoluta dello stato che potrebbe pure intervenire in contrasto con le norme internazionali qualora dovesse essere messa in pericolo la propria sovranità o sussistenza; d'altronde, lo stato di necessità costituisce, come è noto, una fonte riconosciuta dell'ordinamento internazionale generale.

Per quanto concerne i diritti politici, credo che, una volta risolto a monte il problema dell'entrata in Italia degli stranieri e della disciplina di tale momento diciamo, proprio iniziale, possa ammettersi, in via di principio, una totale apertura ai diritti stabiliti in genere per i cittadini.

Condivido la tesi secondo cui la distinzione fra l'art. 2 Cost., che non si riferisce ai cittadini ma all'uomo, e l'art. 3 possa considerarsi in buona parte ormai superata.

Per quanto concerne invece i diritti politici sono dell'idea che la partecipazione alla vita economica e la partecipazione alle spese pubbliche degli enti locali e a qualsiasi titolo, previdenziale o fiscale, determini una sorta di aspettativa, meritevole di considerazione, da parte dei cittadini extracomunitari, di partecipare alle scelte degli organi politici che sono a monte di questa loro partecipazione contributiva e quindi sono convinto che a livello di governo locale sia ammissibile la partecipazione politica e quindi l'attribuzione dell'elettorato attivo e passivo.

Mi sembrano tuttavia necessarie due precisazioni.

Il perché della limitazione dei diritti politici ai soli enti locali si collega al fatto che i diritti stessi si giustificano in ragione della partecipazione alla vita economica della collettività locale nella quale gli immigrati sono inseriti, sebbene essi costituiscano comunque un'eccezione alla regola generale, secondo la quale i diritti politici sono collegati alla cittadinanza.

Una seconda considerazione riguarda l'elettorato per gli enti locali.

Credo che sia da escludere che, anche se limitati alle elezioni amministrative con-

cernenti gli enti locali (dai quali escluderei oramai le regioni), i diritti politici possano essere attribuiti sulla base di semplice automatismi, quali il tempo trascorso in Italia o l'attività lavorativa svolta. Ciò in quanto sono convinto che presupposto della partecipazione politica è la previa verifica della condivisione dei valori democratici propri del nostro ordinamento, che molto spesso manca nelle legislazioni e nelle tradizioni dei Paesi dai quali i nostri immigrati provengono. Si tratta certamente di un compito non facile ciò che con questa sorta di affermazioni si pretende dal legislatore: non è facile individuare i parametri sulla base dei quali individuare il grado di condivisione dei valori democratici da parte dei singoli individui ed indubbiamente un elemento da valutare resta, senza dubbio alcuno, la durata del soggiorno in Italia ed i comportamenti tenuti dallo straniero durante il proprio soggiorno. Ma che sia difficile applicare questo principio non esclude la sua validità.

Poco fa Cuniberti rilevava, giustamente, che noi non chiediamo a tutti i nostri cittadini la prova della loro condivisione dei valori democratici e ciònondimeno essi hanno il diritto di piena partecipazione politica. E non posso non essere sensibile a questo argomento. Io stesso, d'altronde, ho ritenuto assurda, e l'ho pure scritto, l'idea che è frullata in mente a qualcuno di porre come condizione per il rientro dei Savoia che essi prestassero un loro del tutto speciale giuramento di fedeltà alla Repubblica.

Ma tutto ciò non toglie che non è sbagliato pretendere che i principi astratti debbano applicarsi indiscriminatamente a categorie intere di soggetti, senza tenere in alcun conto le situazioni concrete. E, nel campo dell'immigrazione, è indubitabile che si possono riscontrare situazioni del tutto particolari poiché possono entrare e soggiornare nel nostro territorio nazionale individui portatori di concezioni sociali e di valori completamente contrastanti con i nostri. E sarebbe assurdo, in tale situazione, attribuire automaticamente a costoro un pieno diritto di partecipazione.

In effetti, ciò significherebbe vanificare o comunque obliterare tutto il lungo lavoro che la Repubblica italiana ha svolto in cinquant'anni per far evolvere ed elevare la nostra società civile secondo le indicazioni dell'art. 3, secondo comma, e dell'intera Parte Prima della Costituzione al fine di rendere gli italiani in grado di partecipare in modo consapevole alla vita politica ed economica del Paese. In altre parole, sarebbe assurdo dare per pacifico che tra i compiti principali della nostra Costituzione ci sia quello di sviluppare e di migliorare la nostra costituzione materiale, affinché sia attuato il principio della sovranità popolare e quello conseguente, dell'effettiva consapevole partecipazione e poi consentire indiscriminatamente la partecipazione politica di soggetti che non danno quelle garanzie.

Per quanto concerne gli statuti regionali posso menzionare l'esperienza del nuovo statuto della Regione Lazio, alla cui stesura ho partecipato predisponendo la proposta della Giunta, nella quale è evidenziata una fortissima sensibilizzazione – anche a livello statutario – nei confronti dei problemi dell'emigrazione e tuttavia non si è ritenuto, per ovvi motivi, di introdurre norme che prevedessero il diritto elettorale degli extracomunitari a livello di elezioni regionali mentre per il governo locale non spetta alla competenza delle Regioni stabilire le regole elettorali.

Marco Cuniberti

Incomincio dalla questione più generale: lo *status* costituzionale dello straniero, quali diritti, insomma, spettano o non spettano allo straniero. A questo riguardo, la Corte costituzionale per anni è rimasta fedele ad una ricostruzione che combinava l'art. 2, l'art. 3 e l'art. 10 della Costituzione. Negli ultimi, per la verità, tale ricostruzione è stata un po' abbandonata, e a mio avviso ciò non è stato un male, perché era una ricostruzione non priva di ambiguità.

Oggi la Corte si limita a dire che ci sono diritti riconosciuti a tutti, e diritti che invece tollerano limitazioni basate sulla cittadinanza. Questa mi sembra la soluzione più semplice e in fondo più accettabile, e aggiungerei che il dato testuale, che la dottrina italiana ha sempre teso a considerare non decisivo, forse in questa prospettiva può essere utilmente recuperato: il riferimento al cittadino nel testo delle singole disposizioni costituzionali può avere un senso, tutto sta ad intendersi su qual è questo senso. Perché in alcune libertà noi il riferimento ai cittadini lo intendiamo come assolutamente irrilevante (pensiamo alla libertà di riunione), mentre in altri (pensiamo ai diritti politici) lo riteniamo addirittura preclusivo?

Il senso potrebbe ravvisarsi nelle esigenze specifiche di tutela di ogni singola libertà: i due esempi della libertà di circolazione e del diritto di voto sono illuminanti, perché si tratta di due diritti che non possono essere riconosciuti illimitatamente a tutti, perché verrebbero meno le loro stesse condizioni di effettività. Se uno Stato, nelle condizioni attuali, riconoscesse la libertà di ingresso, di soggiorno, di circolazione a tutti indipendentemente dalla cittadinanza, verrebbero meno le stesse condizioni per assicurare la possibilità effettiva di soggiorno, perché verrebbero meno le basi stesse di una pacifica convivenza civile. Ma il discorso non è diverso per il diritto di voto. Se uno Stato accordasse il diritto di voto a tutti i soggetti che si trovano anche occasionalmente a transitare sul proprio territorio, questo significherebbe lo svuotamento del diritto di voto in capo in primo luogo ai cittadini, e cioè a coloro che su questo territorio vivono e risiedono da sempre o da molti anni, il cui voto verrebbe considerato alla stessa stregua di quello di coloro che sono soltanto di passaggio (qui si aprirebbe tutta una serie di problemi relativi al riconoscimento del voto degli italiani all'estero, su cui però qui non mi soffermo).

Quindi le previsioni costituzionali che contengono un riferimento alla cittadinanza consentono restrizioni e al limite anche esclusioni di tutela rispetto al non cittadino, purché ragionevoli, cioè purché comunque collegate e in qualche modo rapportabili alla *ratio* che contraddistingue ogni singola libertà: questo mi sembra un criterio che può funzionare.

C'è poi un altro punto, e qui entro nello specifico della libertà di soggiorno. Le restrizioni consentite non possono determinare compressioni di altre libertà che invece sono universalmente riconosciute a tutti. Questo problema andrà toccato quando si parlerà della sentenza sulla espulsione, ma si può applicare anche nel caso della libertà di ingresso: certo, come osservava il Prof. Chiappetti, nel caso dell'ingresso non si può applicare lo stesso metro che applichiamo nel caso di un soggetto regolarmente presente su un territorio da un anno, da due anni o da cinque anni.

Non si può applicare perché il soggetto che chiede di entrare nel territorio non ha maturato ancora alcun collegamento con questo territorio: quindi è molto più difficile dimostrare che il diniego di ingresso leda i suoi diritti fondamentali, ma non è escluso che questo accada, e la Corte l'ha riconosciuto, ad esempio, nel caso del diritto alla difesa, dove, già in una sentenza ancora degli anni settanta (e oggi il principio è stato recepito nella legge) ha detto che lo straniero espulso può rientrare nel territorio, in deroga al divieto di rientro, se questo è necessario per partecipare ad un processo penale.

Ultimamente la sentenza 252 del 2001, cui si fa cenno in una delle domande, dice la stessa cosa con riferimento al diritto alla salute. Il diritto alla salute è un diritto inviolabile, quindi è diritto che è riconosciuto a tutti indipendentemente dalla cittadinanza. Ne consegue che chi è bisognoso di cure ha una pretesa ad entrare nel territorio, e la legislazione vigente infatti lo riconosce, a condizione che abbia i mezzi o che ci siano, anche se forniti da associazioni umanitarie o da altri, i mezzi per provvedere a queste cure, cioè che ci siano le disponibilità finanziarie.

Questo non è in contrasto con l'altra prescrizione secondo cui la Repubblica riconosce il diritto di tutti gli indigenti (senza distinzione di cittadinanza) alle cure gratuite, perché nell'applicare tale principio un criterio di delimitazione bisognerà pure stabilirlo: e infatti la legislazione vigente lo stabilisce, ed è il criterio (non della cittadinanza, ma) della presenza sul territorio. Tutti coloro che si trovano sul territorio, se indigenti, hanno diritto a cure gratuite: c'è una differenziazione di trattamento, ma essa non è legata al possesso della cittadinanza ma alla presenza sul territorio.

Da un lato, quindi, chi sta fuori se vuole entrare deve poter pagare le cure, ma assolta questa condizione, se le cure sono disponibili può entrare. Chi invece si trova a qualunque titolo sul territorio ha diritto ad essere curato, e questo vale anche se è irregolare, se si dimostra che le cure sono indispensabili per la sua sopravvivenza o che comunque riceverebbe un gravissimo pregiudizio dall'interruzione delle cure: in questo caso potrà comunque portare a termine le cure, e solo dopo verrà espulso, e nell'impugnazione del provvedimento di espulsione potrà far valere la sua necessità di essere curato.

Nella pronuncia, una sentenza interpretativa di rigetto, la Corte dice che non è il caso di stabilire un divieto generale di espulsione per questa ipotesi, perché il principio è già presente nell'ordinamento: quindi, in sede di impugnazione del provvedimento di espulsione, lo straniero potrà far valere questa sua necessità e il giudice dovrà accoglierla se sussistono le ragioni di cura.

Passando al discorso dei diritti politici, io condivido quello che dicevano il Prof. Chiappetti e la Dott.ssa. Casadonte: i diritti politici da un lato richiedono per essere riconosciuti un certo livello di integrazione, dall'altro sono essi stessi uno strumento attraverso cui si attua l'integrazione. Quindi da un lato un soggetto deve in qualche modo essere già inserito all'interno della società per esercitare questi diritti, d'altra parte però lo stesso esercizio dei diritti è uno strumento di integrazione, sicché fino a quando essi rimangono disconosciuti non potrà aversi una integrazione piena: da qui l'opportunità di una estensione graduata, prima nell'ambito locale e poi con riconoscimento della cittadinanza *pleno iure* anche a livello nazionale.

Un altro problema è quello degli strumenti con cui possiamo estendere il diritto di voto a livello locale ai non cittadini: l'orientamento dominante, ancora fino a qualche anno fa, era nel senso di ritenere necessaria la legge costituzionale, e questa considerazione è stata invocata anche nei lavori preparatori dell'attuale testo unico per motivare lo stralcio di questo punto dal testo in via di elaborazione.

Io ritengo che non ci siano in realtà delle vere ragioni per escludere che questa estensione possa essere fatta con legge ordinaria. L'argomento che si usa in genere è che il voto è esercizio della sovranità popolare, che il popolo è l'insieme dei cittadini, e che quindi se noi l'estendiamo al di fuori della cerchia dei cittadini violiamo il principio di sovranità popolare. Io ho qualche perplessità su questa interpretazione: gli studi più autorevoli sulla sovranità popolare (penso soprattutto al noto scritto di Crisafulli) dicono che la sovranità popolare non è un potere unitario che si manifesta in unico modo ed è attribuito ad un soggetto determinato (che si esprime, cioè, solo attraverso il diritto di voto attribuito al corpo elettorale), ma è un principio che caratterizza l'ordinamento e che si manifesta attraverso una pluralità di canali di esercizio, tra cui vi sono la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di associazione, il diritto di riunione ecc. Se consideriamo che nessuno contesta che questi diritti possano essere estesi, anzi che siano già riconosciuti in capo anche chi non è cittadino, sorge qualche perplessità sull'idea che esista un divieto costituzionale di estensione per quella specifica forma di esercizio della sovranità popolare che è il diritto di voto.

Rolando Tarchi

In proposito, mi pare di ricordare che in una sua recente decisione la Corte costituzionale ha precisato che l'attribuzione del diritto di voto al cittadino costituisce una norma di garanzia per quest'ultimo, nel senso che nessuna legge ordinaria potrebbe limitare il diritto di voto dei cittadini. Se ne potrebbe forse dedurre, ragionando *a contrario*, la possibilità di un'estensione di tale diritto ai non cittadini.

Marco Cuniberti

Ma c'è di più: nella sentenza n. 172 del 1999, sull'obbligo del servizio militare per l'apolide, la Corte dice testualmente che la portata normativa del riferimento al cittadino contenuto nella previsione costituzionale del dovere di difesa della patria è solo quella «di stabilire in positivo, e non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi dei doveri costituzionali», cioè dice che anche in presenza di un dovere politico come è il dovere del servizio militare, nulla esclude che questo dovere, restando ferma la sua imposizione ai cittadini, possa essere esteso ad altri.

Ma quando può essere esteso? Quando questo risulta ragionevole. Qui viene la seconda parte del discorso, che è molto importante: la Corte dice espressamente, infatti, che «esiste una comunità di diritti più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, che accoglie e accomuna tutti coloro

che quasi come in una seconda cittadinanza ricevono diritti e restituiscono doveri» secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione, laddove questo, richiedendo l'adempimento dei doveri inderogabili e garantendo i diritti inviolabili, prescinde del tutto dal legame stretto di cittadinanza. Questo ragionamento, se noi lo applichiamo al problema del diritto di voto, è una ammissione importantissima, tanto più appunto con riferimento al diritto di voto a livello locale.

Del resto, con riferimento ai cittadini comunitari, il diritto di voto a livello locale è già stato esteso senza ricorrere alla revisione costituzionale. È vero che l'ordinamento comunitario ha caratteristiche particolari, e in particolare che qui viene in gioco la copertura costituzionale fornita dall'art. 11 Cost., ma è vero anche che – se proprio lo si ritenesse necessario – si potrebbe trovare una copertura costituzionale per un'eventuale estensione del diritto di voto ai non cittadini (anche extra comunitari). Esiste infatti una Convenzione sulla partecipazione dello straniero sulla vita pubblica locale, stipulata sotto l'egida del Consiglio d'Europa (la Convenzione n. 144, adottata nel novembre 1991) che l'Italia ha ratificato (con legge 8 marzo 1994, n. 202) limitatamente ai primi due capitoli e con esclusione del terzo, relativo appunto alla partecipazione alle elezioni locali: in presenza di una ratifica anche del terzo capitolo, l'estensione del diritto di voto nelle elezioni locali diventerebbe l'adempimento di un obbligo pattizio assunto in sede internazionale, imposto dall'art. 10, secondo comma, Cost.

Se quindi io ritengo che una simile estensione possa essere operata con legge ordinaria, ho molte perplessità sul fatto che possano qui entrare in gioco le fonti regionali. A parte il precedente straniero rappresentato dalle due decisioni del tribunale costituzionale tedesco del 31 ottobre 1990, che hanno negato che i *Lænder* potessero con proprie leggi operare una simile estensione, sulla base di argomenti riconducibili all'idea dell'unità giuridica del popolo, credo che la spettanza di un simile potere alle nostre regioni si possa escludere anche sulla base di argomenti molto più diretti e concreti.

È vero, infatti, che l'art. 122 Cost. nel testo attualmente vigente affida alla legge regionale la determinazione del sistema di elezione del Consiglio regionale, ma sempre nell'ambito dei principi fissati con legge statale, e mi pare dubbio che una estensione di questa portata non debba essere quanto meno prevista a livello di principio. Se poi si guarda al progetto di riforma del titolo V attualmente sottoposto a *referendum,* la legislazione elettorale di Comuni e Province rimane di competenza statale esclusiva, come di esclusiva competenza statale è anche la legislazione in materia di cittadinanza e quella in materia di condizione giuridica dello straniero extra comunitario. Una competenza statutaria in questo ambito potrebbe esserci, e in qualche caso è già stata esercitata, almeno a livello di statuti comunali, nel senso della creazione di organismi consultivi o nel senso della previsione di forme di consultazione popolare estesa anche al non cittadino. Del resto, ciò risulta oggi consentito dalla stessa legge nazionale, attraverso l'autorizzazione alla ratifica del secondo capitolo della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita locale di cui si diceva prima, che appunto prevedeva simili forme di partecipazione.

Salvatore Senese

Molte delle questioni sollevate nella seconda domanda sono state già chiarite. Tenderei di conseguenza ad essere piuttosto schematico e prenderei come punto di partenza la distinzione, che mi pare affacciasse il prof. Chiappetti, tra il momento dell'ingresso dello straniero e il momento successivo della permanenza.

A proposito del primo punto, penso sia venuto il momento di pronunciare le parole – tanto inflazionate che ci si vergogna quasi a ripeterle – di mondializzazione, globalizzazione e simili.

Che cosa è successo in questi ultimi lustri? Ci siamo trovati in presenza di una rivoluzione epocale, che di solito viene indicata con le parole che ho sopra evocate. Lo abbiamo sinora presupposto nei nostri interventi; ma diciamolo. Una rivoluzione epocale sia sul piano della costituzione materiale del mondo dei rapporti produttivi, dell'organizzazione del lavoro, sia sul piano geo-politico. È crollato una sorta di impero e ciò ha fatto sì che, da poco più di dieci anni a questa parte, il mondo è entrato in una fase di assestamenti tellurici, di cui non è dato vedere per il momento quando e come si arresteranno. Di questi assestamenti tellurici fanno parte le grandi migrazioni. I richiami, pur giustamente avanzati, ad esperienze pregresse rischiano di non farci cogliere questo dato di grande novità.

Questo dato di novità ha un'enorme rilevanza rispetto ai problemi che stiamo trattando. Ma, con riferimento alle specifiche questioni oggetto della domanda, v'è, a mio modo di vedere, un profilo di rilevanza particolare che esprimerei così: come accennato nel mio precedente intervento, della cultura del nostro paese (e anche della cultura giuridica) fanno parte posizioni che, muovendo dall'osservazione che le merci e i capitali circolano liberamente, si chiedono perché soltanto le persone debbano incontrare limiti, e per di più notevoli, nella libertà di circolazione sul pianeta. E, muovendo da queste premesse, approdano alla parola d'ordine «frontiere aperte». Parola d'ordine che assume due accezioni. Una, legittima in punto di metodo, d' invocazione *de iure condendo*. Come dire: Noi proponiamo una politica dell'immigrazione che abbia come asse le «frontiere aperte». È del tutto legittimo proporlo. Può essere sbagliato può essere giusto … Ma fintanto che la posizione si caratterizza come posizione *de iure condendo,* essa – magari discutibile nel merito (sul punto dirò qualcosa tra un minuto) è del tutto legittima.

Meno legittimo mi pare quando, come pure si è tentato di fare, quella posizione si tenta di articolarla come posizione *de iure condito* sulla base del diritto vigente, che in questo caso non è il diritto costituzionale italiano ma è come dire il diritto transnazionale, il diritto delle Nazioni Unite, i diritti umani.

In particolare, muovendo dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, che dice che ogni persona ha il diritto di lasciare qualsiasi paese compreso il proprio, e dall'art. 14, che dice che ogni persona ha diritto di cercare e di godere asilo in altri paesi di fronte alla persecuzione, si adombra una sorta di diritto fondamentale di ogni essere umano a migrare e ad essere accolto in altri paesi, indipendentemente dai motivi che l'inducono a migrare; quasi una riedizione moderna del-

lo *ius migrandi* in nome del quale il giusnaturalista *Francisco de Vitoria* tentava di legittimare, quasi cinque secoli fa, la Conquista delle Americhe. Ora, a me pare che i testi citati non valgano a fondare un diritto di libera circolazione planetaria: non l'art. 14, che fonda soltanto il diritto d'asilo; e non l'art. 13 che – com'è stato più volte osservato – determina una situazione giuridica che è stata descritta come quella del «passo sospeso della cicogna»: hai diritto di lasciare il paese ove ti trovi, però il piede non puoi poggiarlo sul suolo dell'altro paese se non con il beneplacito dello Stato di questo. Si è parlato molto, e in particolare il prof. Chiappetti, di sovranità nazionale. Questa situazione del «passo sospeso» é certamente un residuo, a mio avviso il più forte e il più resistente, della sovranità nazionale. Concetto, quest'ultimo, sappiamo quanto polisemico, carico peraltro di suggestioni, richiami e evocazioni, ma che dobbiamo pur riconoscere è oggi in fase di progressivo deperimento.

È in fase di progressivo deperimento – in particolare ma non solo – sul piano del diritto a seguito della cosiddetta rivoluzione dei diritti umani, che – una volta divenuti parte dello *ius cogens* internazionale – rappresentano una limitazione fortissima della sovranità nazionale la quale, peraltro, è già messa a dura prova sul piano dei processi materiali. Lo Stato nazionale in fondo si è formato anche e soprattutto attraverso il controllo e il dominio sui processi produttivi. Lo stesso Welfare, lo stesso Stato sociale, in tanto ha potuto costruirsi, in quanto i processi produttivi, la allocazione delle risorse, la loro distribuzione, erano nelle mani del governo nazionale. Nel momento in cui tutto questo comincia a sfuggire, nel momento in cui la delocalizzazione produttiva e il movimento dei capitali sul piano planetario divengono la regola e lo sviluppo si affida alla finanziarizzazione e quindi all'internazionalizzazione del capitale, sfuggendo al controllo del singolo paese, la sovranità perde oggetto e consistenza.

Questo di cui ci stiamo occupando, però – e cioè il diritto di decidere chi ammettere sul proprio territorio e secondo quali modalità – è uno degli ultimi territori che restano alla sovranità nazionale. Su questo residuo territorio riposa lo *ius excludendi*; su di esso s'infrange ogni pur generoso tentativo di fondare uno *ius migrandi* universale. Possiamo chiederci se questo territorio venga mantenuto giustamente o no. A mio avviso, giustamente. Giustamente perché – proprio in presenza di una situazione per così dire di crescente anomia internazionale che si determina sul piano del fatto e sul piano del diritto – mantenere in capo ai singoli governi nazionali la possibilità di controllare i flussi, per quanto sia possibile, perché si tratterà pur sempre di un controllo tendenziale, mantenere cioé la possibilità di elaborare una politica della immigrazione, è, a mio avviso, necessario se s'intende difendere i diritti umani e i valori a questi sottostanti, che si suppongono o si vorrebbero condivisi.

Giacché un ingresso assolutamente libero e disordinato provocherebbe, come accennava il prof. Cuniberti, una crisi delle basi stesse della convivenza civile; determinerebbe probabilmente su scala difficilmente contrastabile reazioni xenofobe, razziste, riflessi securitari; indurrebbe insomma una deriva difficilmente controllabile.

Abbiamo, dunque, questo residuo di sovranità in capo agli Stati; a mio avviso, giustificato dalla particolare situazione storica in cui versiamo.

Ma, come accennavo, anche questo residuo non è assoluto. Lo Stato può tentare una politica dell'immigrazione facendo leva su questo residuo, ma – in questo tenta-

tivo – non è esente da limiti e da vincoli. Ho l'impressione che non sia stato forse sufficientemente tematizzato che la sovranità statale, nel decidere chi può entrare in casa di ciascun «sovrano», deve fare ancora i conti con alcuni spezzoni dell'universo normativo umanitario e in particolare con la Convenzione di Ginevra sul diritto di asilo, che rappresenta l'attuazione del precetto di cui all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo.

La Convenzione di Ginevra sul diritto di asilo non è qualche cosa di marginale o irrilevante, è fondamentale. Invito a fare questo semplice esercizio: prendiamo le situazioni che vengono quotidianamente esibite da coloro che arrivano nel nostro paese, clandestinamente o meno, fortunosamente o meno, e confrontiamole con le previsioni della Convenzione di Ginevra. Troveremo che una grande parte di costoro rientrano in quelle previsioni. Non parlo poi delle previsioni della Costituzione italiana: qui ci troviamo in presenza di una previsione che riguarda la stragrande maggioranza dell'umanità. Questo forse è uno dei dati che spiega il ritardo nella attuazione della norma costituzionale sul diritto di asilo, perché se vogliamo essere leali da un punto di vista costituzionale, dovremmo ammettere in Italia tutti, o quasi, coloro che si affollano alle nostre frontiere. Quanti, infatti, di questi soggetti, clandestini o non, godono delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana? A me pare che simili discorsi occorra pur farli, perché non possiamo mantenere, tra i principi fondamentali del nostro ordinamento, queste norme «retoriche», sovrabbondanti, ispirate a grande generosità ma tuttavia irrealizzabili. Ciò determina una sorta di svuotamento del valore della Costituzione.

Pongo un problema, a Voi che siete studiosi di diritto costituzionale, un problema di politica culturale della Costituzione: si può mantenere una Costituzione che dice delle cose bellissime, cioè che contiene enunciati normativi di altissimo valore etico, sapendo tutti che in questi enunciati si annidano delle «menzogne» per così dire, nel senso che non è possibile realizzare, né oggi né domani né per un lungo tratto di storia, il dover essere che essi enunciano? che non è possibile nemmeno in misura modesta e tendenziale l'effettività? So bene che mi si può rispondere che un certo tasso di utopia è proprio dei testi costituzionali, specie se nascono da una forte temperie morale, come la nostra Costituzione. L'art. 3 cpv., sul quale sono stati versati fiumi d'inchiostro, è lì a confermarlo. E «l'evidente verità» di tutti gli uomini dotati di alcuni diritti inalienabili, tra i quali «la ricerca della felicità», proclamata dalla dichiarazione d'indipendenza americana del 1776, mostra che anche gli slanci più generosi e ottimisti possono entrare a far parte delle tradizioni costituzionali di un paese. E tuttavia, nel caso che ci occupa, ci troviamo in presenza di un formulazione che non è quella di una Dichiarazione resa all'umanità e nemmeno quella di una norma d'indirizzo («È compito della Repubblica … ecc.»), ma è quella di una norma attributiva di un diritto soggettivo che le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno detto essere perfetto ed azionabile dinanzi al giudice ordinario. Non è forse il caso, in questa situazione, di considerare l'opportunità di riscrivere in termini esigibili questa norma costituzionale, anche se – e forse proprio perché – contiene un principio fondamentale? Mi rendo conto che questa è una provocazione, e come tale l'affido a questo dibattito.

È stato citato, dal prof. Chiappetti, il testo del progetto di legge tedesca sull'immigrazione; il prof. Cuniberti, a sua volta, ha citato alcune sentenze del *Bundesverfassungsgericht*. In Germania, dove si è molto sensibili all'esigenza che gli enunciati normativi non siano meri svolazzi retorici, si verifica però – in questo campo – un fenomeno non meno preoccupante per i diritti fondamentali, e cioè una riduzione di significato degli enunciati normativi, ad opera della giurisprudenza, oltre i limiti di quanto consentito dalla buona fede ermeneutica. In particolare, in materia di diritto di asilo, il *Bundesverwaltungsgericht* ha sostenuto sistematicamente una linea ultrarestrittiva nell'individuazione dei soggetti aventi titolo al riconoscimento del diritto d'asilo, operato sulla base dei presupposti indicati negli artt. 1, lett. A, n. 2 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e1/2 del protocollo relativo ai rifugiati adottato a New York il 31 gennaio 1967, sempre ritenuto dallo stesso tribunale supremo come coincidente con quello previsto dalla normativa nazionale sull'asilo.

A norma di tali testi, peraltro ratificati dalla repubblica tedesca, lo statuto di rifugiato compete a chi teme con ragione di subire persecuzione nel paese di cui ha la nazionalità, a causa della propria razza, o religione, o nazionalità, o appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle proprie opinioni politiche. L'interpretazione data dal supremo organo della giustizia amministrativa tedesca è stata che il pericolo di persecuzione in tanto era rilevante per reclamare la qualità di rifugiato in quanto provenisse da un'entità statuale (cfr, tra le tante BVerwG, 18.1.1994-9C48/92); con la conseguenza, tra l'altro, che alle persone richiedenti asilo provenienti dall'Afganistan il diritto di asilo è stato negato in considerazione del fatto che il potere dei talibani non poteva considerarsi potere statuale, essendo un potere di mero fatto (sembra peraltro che, oggi, quando si tratta di muovere guerra ai governi che ospitano i terroristi, i talebani siano considerati potere statuale a tutti gli effetti).

Ancora meno tollerabile una tale interpretazione restrittiva appare se applicata al principio cd. di «non respingimento» (art. 33 Convenzione Ginevra) che vieta l'espulsione verso un paese ove la vita o la libertà del richiedente asilo è minacciata in ragione delle solite cause. La protezione assicurata dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra interseca quella offerta dall'art. 3 della convenzione europea sui diritti dell'Uomo (che vieta la tortura o i trattamenti inumani o degradanti e che viene interpretata dalla Corte europea come ostativa anche di un respingimento che esponga al pericolo di tortura o trattamento inumano) e dal protocollo n. 6 alla stessa convenzione che vieta la pena di morte e viene interpretato come ostativo ad un respingimento verso un paese ove si corra tale rischio. Tuttavia, a costo di entrare in esplicita rotta di collisione con l'interpretazione della corte europea che ha più volte chiarito come non sia affatto richiesto per l'operatività della tutela che la minaccia (di tortura o di morte) provenga da autorità statuali, il BVerwG ha insistito, anche in tali casi, ad esigere che la minaccia fosse configurabile come proveniente da autorità statuali o «quasi-statuali» (cfr. BVerwG, 2.9.1997-9C 40/96). È appena il caso di notare, per chiudere su questo punto, che il problema sembra avviato a soluzione con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, agli artt. 18 e 19, garantisce il diritto d'asilo in conformità alla Convenzione di Ginevra (che non reca traccia delle limitazioni introdotte dalla giurisprudenza tedesca) e ribadisce il divieto di respin-

gimento in presenza del rischio di morte o tortura senza esigere che il rischio provenga dalle autorità statuali, mentre – per altro verso – il quinto capoverso del preambolo della Carta richiama espressamente i «diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo» a superamento di conflitti interpretativi quali quelli originati dal BVerwG.

Norme costituzionali retoriche e prive di effettività, da una parte, o interpretazioni vessatorie e inaccettabili, dall'altra, sono altrettante minacce per l'ordinata gestione del residuo di sovranità su cui può fondarsi una politica dell'immigrazione, giacché esse finiscono con il provocare una reazione che priva di legittimità quel residuo e tenta di travolgerlo o, comunque, di aggirarlo in tutti i modi, in ogni caso ostacolando fortemente la costruzione di una linea razionale in materia d'ingresso e, di conseguenza, di soggiorno.

Sulla titolarità dei diritti politici e in particolare sul diritto di partecipazione, a me resta poco da aggiungere alle osservazioni che avete avanzato. Osservo soltanto che la legge Turco-Napolitano, sul punto, è proprio un esempio di quello che è il compromesso parlamentare: nel corso dei lavori preparatori, infatti, sono state sostenute molte tesi, delle quali alcune, a mio avviso, assai poco sostenibili, come quella che bisognasse modificare l'art. 48 della Costituzione (ma su questo mi rifaccio completamente alle osservazioni che sono state avanzate osservando che del resto nessuno in seguito ha più ripreso tale tesi). In realtà, non si voleva aprire fino all'esplicito ed univoco riconoscimento del diritto di elettorato in sede locale. Allora si è trovata quella formula molto ambigua alla quale prima facevo riferimento, si è poi abbondato con una serie di dichiarazioni che chiamerei retoriche sul diritto di partecipazione e così via, e si è sperato che la situazione potesse evolvere.

Bene può evolvere; e mi auguro che evolva. Ma qui v'é una domanda molto precisa: attraverso gli statuti regionali? La mia risposta, sia pure a malincuore, è no. Non può evolvere attraverso gli statuti regionali. Gli statuti disciplinati dall'attuale art. 123 Cost. (risultante dalle modificazioni introdotte con legge cost. n. 1 del 1999) non lo prevedono. Ma neppure lo prevedono gli statuti disciplinati dalla legge costituzionale approvata l'8 marzo scorso, quella *sub iudice,* quella per quale si terrà il *referendum.* La disposizione di tale legge relativa agli statuti (art. 7) non attribuisce questa competenza. Ma, in tale ultimo testo, troviamo di più. Troviamo che, nella nuova formulazione dell'art. 117, al secondo comma, si stabilisce che lo Stato ha legislazione esclusiva nella materia del diritto di asilo e della condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea. Certamente, la possibilità di accedere all'elettorato in sede locale riguarda la condizione giuridica di tali cittadini. Se quindi avremo questo testo, mi pare che la strada è incontestabilmente sbarrata. Invece quella che è possibile – ma dubito che la si voglia percorrere – è la strada di una legge dello Stato. Sarebbe questo, a mio avviso, lo strumento principe per accordare il diritto di partecipazione politica a livello locale, a favore del quale militano tutte le ragioni che avete detto.

Vorrei sintetizzare queste ragioni. Parlando della nazione italiana, nazione intesa come comunità di storia, di lingua, di cultura, si è parlato dell'art. 1 della Costituzione ove si prevede che «l'Italia è una repubblica democratica, fondata sul lavoro». Il

lavoro è elemento costitutivo dell'intrecciarsi di questo vincolo, che poi noi esprimiamo con il termine Italia. Ebbene questi signori che lavorano nel nostro paese e che abbiamo detto essere essenziali per lo sviluppo, per l'economia, per la costruzione delle condizioni materiali della convivenza, alla fine restano completamente fuori da questa nazione che concorrono a cementare. Oggi solo la vischiosità della politica può impedire una legge che dia a questi soggetti il diritto di elettorato nel Comune ove risiedono. Però, nella domanda, si parla di diritto di elettorato in sede locale. Questo significa passare dal Comune alla Provincia e soprattutto alla Regione. Ora, la Regione, soprattutto nella prospettiva che si annuncia, comincia a diventare parte importante della Repubblica. Credo che a questo punto il percorso più razionale sarebbe dare immediatamente il diritto di elettorato nelle consultazioni comunali allo straniero munito di carta di soggiorno, che rappresenta l'attestato di superamento di quel banco di prova alla quale alludeva il prof. Chiappetti; e quindi modificare – lo accennavo nel precedente intervento – la legge sulla cittadinanza in modo da consentire che, dopo quindici o venti anni, si venga a far parte a pieno titolo di questa comunità, così realizzando a pieno la previsione dell'art. 1 della Costituzione. Chi ha lavorato, chi si è inserito, chi ha partecipato alla vita locale e addirittura ha eletto o è stato eletto, è corretto che dopo quindici-vent'anni anni diventi cittadino italiano. Ancora di più, poi, se è nato qui, ha frequentato le scuole italiane e così via. Negare questo percorso a me sembra ostinarsi a costruire emarginazione ed esclusione.

Quesito 3

Uno dei problemi più scottanti riguarda le c.d. politiche dei flussi con riferimento all'area geografica di provenienza degli stranieri; a questo proposito si è anche (talvolta autorevolmente) sostenuto che dovrebbe essere favorita l'immigrazione da paesi che esprimono culture e tradizioni affini alla nostra (ad esempio dall'Europa dell'est), piuttosto che da altri continenti ed in particolare da aree che si ispirano alla tradizione islamica. Una impostazione difensivistica a tutela dei valori della civiltà occidentale che ha talora suggestionato parte delle gerarchie ecclesiastiche ed ha dato luogo a reazioni di intolleranza religiosa. Si ricordano i casi, pubblicizzati dalla stampa, relativi al rilascio di concessioni per la costruzione di moschee, nonché la bizzarra imposizione di un sindaco lombardo che vietava alle persone di fede islamica di avvicinarsi alle chiese.

Va ricordato che la libertà religiosa va annoverata tra i diritti inviolabili dell'uomo ma che è stata tra quelle che ha determinato i maggiori conflitti tra comunità diverse (caso del chador in Francia, dei diritti delle sette religiose induiste in Inghilterra, ecc.) e che può condizionare l'esercizio di altre libertà, quali, in particolare, il diritto all'istruzione.

Quale posizione ritenete di assumere in ordine a tali questioni?

Marco Cuniberti

La terza domanda concerne la possibilità di differenziare i flussi immigratori in relazione al paese di provenienza. Io ritengo che non ci siano ostacoli costituzionali ad una simile differenziazione qualora questa si basi su accordi particolari bilaterali o multilaterali tra lo Stato italiano e altri Stati: in questo caso, l'art. 10, secondo comma sicuramente fornisce un'adeguata copertura anche alle discriminazioni che inevitabilmente ne discenderebbero tra straniero e straniero.

Avrei molte più perplessità qualora una differenziazione del genere venisse fatta unilateralmente: non escludo in assoluto la possibilità di differenziare in ragione del paese di provenienza, ma credo che su una legge di tal genere si dovrebbe fare uno scrutinio di ragionevolezza molto stringente. È vero che il principio di uguaglianza è testualmente riferito ai soli cittadini, ma nell'interpretazione che ha avuto nella giurisprudenza della Corte esso si pone come un canone di ragionevolezza che investe l'ordinamento nel suo complesso, tant'è che la Corte lo usa anche in relazione a differenze di trattamento tra cittadino e straniero, o tra stranieri. Da questo punto di vista discriminazioni di questo genere sono astrattamente possibili, ma dovrebbero almeno

essere motivate. Io penso che sarebbe probabilmente difficile motivarle sulla base della cultura, della religione, delle tradizioni dominanti nel paese di provenienza: su altre basi, invece, simili differenziazioni potrebbero essere ammesse. Pensiamo per esempio ad un paese che neghi l'ingresso nel suo territorio a cittadini italiani: in un simile caso, forse la condizione di reciprocità potrebbe essere ancora applicabile. Pensiamo ancora – purtroppo è una prospettiva non così remota, viste le vicende dei giorni scorsi – a paesi con cui si hanno relazioni particolarmente problematiche, per cui i cittadini provenienti da quei paesi costituiscano una potenziale minaccia.

Quanto invece a differenziazioni di trattamento legate alla cultura e alla tradizione dominante del paese di provenienza, le vedo difficili da configurare senza tradursi in generalizzazioni arbitrarie: chi ci assicura, ad esempio, che un cittadino di un paese dell'Est europeo (le tragiche vicende dell'ex Jugoslavia sono emblematiche al riguardo) sia meno incline a manifestazioni di intolleranza etnica o religiosa di quanto non lo sia un cittadino proveniente da una paese a maggioranza islamica? Si tratta di una generalizzazione che mi pare difficile da sostenere. Meno che mai ritengo che si possa discriminare nell'accesso in relazione alle confessioni religiose professate da un soggetto. Discriminazioni di questo tipo non sarebbero diverse da quelle fondate sul sesso o sulla razza, in contrasto con un principio generale di non discriminazione vigente – secondo taluni – anche nel diritto internazionale e comunque riconosciuto in molti documenti internazionali in materia di diritti dell'uomo, e sarebbero probabilmente difficili da giustificare anche sulla base della nostra Costituzione, per quanto l'art. 3, come si è detto, appaia riferito testualmente ai soli cittadini.

Diverso è il discorso sulle ragioni culturali e politiche per cui si propone questo tipo di interventi restrittivi, ma qui si ritorna al discorso che si è fatto sulla prima domanda. A questo riguardo, l'unica osservazione che vorrei aggiungere è questa: mi sembra che anche nella prospettiva di una lotta contro il fenomeno dell'integralismo la soluzione della chiusura al confronto – che è presente in proposte come quella della differenziazione dei flussi – rischia di rivelarsi perdente. Le identità e i valori – dicevo prima – si riconoscono e si ridefiniscono continuamente in confronto ad altre identità e altri valori: così come non è escluso che la nostra cultura possa arricchirsi nel confronto con un'altra, anche la cultura di chi entra nel nostro territorio può arricchirsi e mutare nel momento in cui questo soggetto si pone in relazione con le nostre istituzioni, con i nostri valori, con la nostra cultura, con il nostro modello di convivenza. Anche in questa prospettiva, insomma, credo che sia una scommessa che vale la pena di fare.

Quanto alla libertà di culto di chi si trova in Italia, cittadino o straniero, la Costituzione su questo punto è molto chiara, quindi non vedo assolutamente la possibilità di introdurre limitazioni che non siano appunto giustificate dai motivi che la Costituzione contempla. Se poi le particolarità di un certo culto richiedono un riconoscimento giuridico, e se una confessione religiosa è così radicata nella nostra società da poter contrattare con lo Stato forme particolari di riconoscimento anche in deroga alla disciplina comune, come dicevo prima la Costituzione prevede lo strumento adeguato che è quello dell'intesa, che peraltro deve comunque rispettare i principi dell'ordinamento giuridico italiano.

Mi pare che a questo riguardo si esagerino molto i problemi legati a certe vere o presunte peculiarità della religione islamica, dalle forme più lievi quali l'uso del velo alle questioni più serie come quella della poligamia o dell'infibulazione. Anche nella stipulazione delle intese, anche nel prevedere per gli appartenenti ad una certa confessione religiosa un trattamento derogatorio rispetto a quello previsto per la generalità dei cittadini, si ammetterà ciò che si può ammettere sulla base dei principi fondamentali del nostro ordinamento. La poligamia, ad esempio, così come è prevista dal diritto di famiglia islamico, è contraria al principio di eguaglianza dei coniugi all'interno della famiglia, e quindi è un istituto che non può essere riconosciuto. Quello dell'infibulazione (che peraltro non è una prescrizione islamica, è una pratica tribale che viene seguita da alcune popolazioni islamiche come da popolazioni di altre religioni) è un problema delicatissimo, ma credo che vi siano tutte le più valide ragioni per continuare a vietarla, almeno nel momento in cui è imposta a persone non consenzienti o praticata su minori.

Achille Chiappetti

Per il vero, il quesito ci è stato posto in termini giuridici, dovendo noi rispondere se e entro quali limiti il diritto di libertà religiosa possa coesistere con l'esercizio di altre libertà e diritti. Ma in questo specifico caso, come, peraltro, avviene sempre, i problemi giuridici sono fortemente condizionati da aspetti fattuali e concreti. E mai come in questo caso, pur a parità di discipline giuridiche, la diversità delle situazioni concrete comporta la possibilità di risposte diverse. Ciò fino al punto che può sembrare che le disposizioni stesse, in luogo delle interpretazioni, subiscano delle mutazioni di fronte a situazioni inattese e nuove. È innegabile che ciò contenga una frazione di verità anche se ben sappiamo che non sono le disposizioni che mutano bensì la loro interpretazione che si evolve perché condizionata dalle situazioni nuove che si presentano.

Il problema della libertà di religione assume effettivamente una connotazione particolare ove esso si connetta ad un regime di «*frontiere aperte*». La libertà religiosa, infatti, che è garantita dall'art. 19 e sembra spettare anche ai non cittadini, laddove applicabile, appunto, agli stranieri non può, tuttavia, non essere condizionata da quei limiti che derivano dal fatto che si opera nel settore dei rapporti esterni dello Stato, tra i quali, com'è noto, è vigente il principio della reciprocità.

Ora, non voglio dire che la libertà di professione religiosa degli stranieri sia sottoposta al principio di reciprocità inteso in senso tecnico. Ma è certo che nel concetto di apertura delle frontiere è implicita una rinuncia alla propria assoluta sovranità ma mai al principio di autoconservazione dell'ordinamento statale. Di talchè, fin quando esisteranno diversità profonde tra le società che si ripartiscono il globo terraqueo, fin quando vi saranno degli Stati che non intendono mantenere rapporti di pace con il nostro, è evidente che la tutela del principio di sovranità costituisce sempre il limite insuperabile del sistema delle frontiere aperte. In altre parole i principi degli artt. 1 e 5 Cost. e così via sono sempre possibile fonte di limiti all'estensione dei

diritti fondamentali ai cittadini stranieri. Il valore che è riportato nella parola «*Italia*» e nei connessi principi di sovranità ed unità nazionale è, quindi, sempre immanente ad ogni manifestazione della libertà individuale, tanto più quando il soggetto non è un cittadino italiano.

Mi sembra importante specificare meglio il pensiero che ho esposto finora.

La preminenza del principio di sovranità nazionale, cui è connesso quello di cui ho accennato in precedenza, di identità culturale del nostro Paese, non viene da me chiamato in causa come limite al diritto di ciascuno, cittadino o straniero, di professare liberamente la propria fede religiosa. Ciò proprio perché l'identità nazionale e il rispetto di valori propri del nostro gruppo sociale (valori che non si riassumono soltanto nel concetto di buon costume, indicato espressamente nell'art. 19 Cost.), sono per principio compatibili con la libertà religiosa. Quest'ultima, quindi, non è messa in discussione mentre possono trovarsi in contrasto con quel complesso di valori che costituisce il patrimonio fondante la nostra identità nazionale, pratiche e manifestazioni religiose. In altre parole, non credo che sia posto in alcun modo in discussione il principio della tolleranza nei confronti delle altre religioni ma non sono necessariamente accettati tutti i comportamenti e atteggiamenti (collegati a credi religiosi) che sono incompatibili con i nostri valori culturali e spirituali.

Non pretendo essere un esperto di religioni; voglio solo limitarmi a dire che vi sono religioni e religioni e tra le tante vi sono alcune che impongono o consentono ai propri fedeli comportamenti che non sono compatibili con i fondamenti della nostra convivenza. Di talchè i problemi e, quindi, le restrizioni all'apertura verso l'esterno conseguente alla disposizione costituzionale sulla tolleranza religiosa e la libertà dei culti, sono riferite a questi particolari comportamenti e non necessariamente alla libertà religiosa in sé.

D'altronde, deve considerarsi un'ipotesi alquanto rara; quella in cui un credo religioso nel suo complesso possa risultare di per sé in tutto e per tutto contrario a quei valori. Quando ciò dovesse avvenire si potrebbe perfino affermare che, stante il concetto stesso di religione che è sottinteso negli artt. 8, 19 e 20 Cost., la «*fede*» in questione non costituirebbe una religione vera e propria, secondo il nostro metro di valutazione. E non credo neppure che nelle Carte dei diritti dell'uomo l'estensione del concetto di religione possa considerarsi maggiore di quello che noi possiamo desumere dalla nostra Costituzione. Tutto ciò mi consente di affermare con convinzione che il rifiuto da parte dello Stato italiano, sulla base dei principi di sovranità e identità nazionale, di pratiche religiose o di comportamenti sociali connessi a fedi religiose non costituisce di per sé limitazione della libertà religiosa.

Per chiarirci, prendiamo un'ipotesi. Se non sbaglio, i testimoni di Geova rifiutano i trattamenti medici che comportano trasfusioni di sangue. Ci sono stati dei casi in cui la società civile si è ribellata nei confronti di genitori che non lasciavano prestare cure ai propri figli ammalati. Ebbene, l'imposizione di cure a questi minori non lede la libertà religiosa (d'altronde i destinatari sono i figli e non i genitori, semmai la libertà religiosa del figlio minore che viene messa in discussione, sempre che questi possa essere considerato un credente) la limitazione quindi attiene semmai alla patria potestà oppure ad attività che non toccano la libertà religiosa, dato che è lo Stato che

si assume la responsabilità dell'intervento sanitario. Si badi bene, non si deve mai confondere credo religioso e suscettibilità religiosa. Lo stesso art. 19 Cost., d'altronde, garantisce il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, ma non consente di imporre al di fuori della propria sfera personale, comportamenti che l'interessato ritenga dovuti nell'esercizio di tale fede.

Il fatto che questi problemi siano difficili da risolvere data la evanescenza della linea di confine tra ciò che è manifestazione del proprio credo religioso e imposizione verso l'esterno di atteggiamenti o comportamenti tendenti a far valere la propria differenza religiosa ha reso estremamente difficile raggiungere la stipula delle intese, ex art. 8 Cost., appunto, con i testimoni di Geova e ha ancora impedito la stipula dell'intesa con la religione musulmana.

Per quanto concerne quest'ultima, le occasioni di incoerenza, se non di intollerabilità, sono innumerevoli e sono dovute alla particolarità dell'organizzazione di tale religione.

Prendiamo il caso dello *chador*.

Noi sappiamo che coloro che credono nell'Islam sono numerosissimi, e oltre ad essere concentrati in un ampio numero di Stati, sono sparsi in tutti gli angoli del globo e sappiamo altresì che nei vari paesi islamici vi sono comportamenti sociali e religiosi differenziati e nei quali, in particolare, il modo di vestire delle donne può essere fortemente diversificato. Ci sono Paesi integralmente musulmani in cui le donne vestono all'occidentale o comunque sono libere di vestirsi all'occidentale e altri, del tutto opposti, fino ai casi più estremi come in Arabia o, peggio, come avviene oggi in Afghanistan.

Il perché di tutto ciò è ben noto. Non si tratta soltanto del parziale recepimento di tradizioni occidentali o di fenomeni imitativi. Vi è che l'organizzazione religiosa islamica non è centralizzata come quella cattolica. L'interpretazione del Corano non è coartata in una dottrina unica e ciò consente le più svariate e tra loro differenti regole applicative da parte dei fedeli. Il che comporta che quei comportamenti che ci sembrano meno consoni alla vita sociale degli Stati occidentali si presentano come manifestazione di particolari interpretazioni restrittive o integraliste del Corano. Di talché è da chiedersi fino a che punto possano considerarsi compatibili con il nostro ordinamento sovrano e – diciamolo pure – con la nostra civiltà pratiche che non sono necessariamente espressione della religione islamica, ma di sue applicazioni estremizzanti o eccessivamente ortodosse.

Un altro aspetto di grave preoccupazione che è causato dalla religione musulmana è il fatto che questa costituisce un *quid* che ricomprende religione e organizzazione pubblica. La religione musulmana è, in senso lato, «*stato*» ed è uno stato confessionale che vuole e deve rimanere diverso, proprio in ragione della sua componente religiosa.

Se questo è vero, va detto che la presenza stabile di gruppi di stranieri di religione musulmana pone in essere problemi del tutto peculiari. Se infatti può sembrarci non conforme ai principi della tolleranza e della libertà religiosa l'idea di limitare l'immigrazione di popolazioni che, in ragione della loro religione, o che, comunque, esprimono culture e tradizioni totalmente diverse dalla nostra, in casi particolari

come quella dell'Islam la ripulsa non può semplicisticamente essere tacciata di intolleranza o di razzismo. Chi si ribella a questa posizione di difesa del nostro ordinamento è spesso spinto dalla sua ignoranza nei confronti di alcuni portati del maomettanesimo. Sono in gioco, infatti, principi costituzionali di altissimo livello che non dovrebbero mai essere posti in discussione: quello della sovranità nazionale e della correlativa identità nazionale nonché quello di democrazia e di uguaglianza, specie tra i sessi.

Il primo principio rischia di essere posto in discussione dalla commistione tra organizzazione di potere pubblico e di religione che è propria dell'Islam. Questa comporta che nel momento stesso in cui si creano in Italia delle comunità musulmane di una certa ampiezza numerica, queste si ergono a stato nello stato, con la conseguente «*contestazione*» della nostra piena sovranità.

È vero che gli appartenenti a queste comunità osservano la legge italiana e si adeguano nei limiti in cui lo ritengano agli usi e alle prassi della società italiana, ma questo discorso è valido fino a quando il fenomeno di immigrazione rimane in termini numerici limitati o controllati. In alcune città europee le comunità sono talmente forti, anche perché strutturate intorno agli *imam* e alle loro *mandrase,* da costituire centri di potere spirituale ma anche di potere temporale e concorrente e alternativo a quello dello Stato, creando più o meno involontariamente delle vere e proprie isole di territorio straniero.

Basti questa domanda. Vi infilereste voi in una strada di un quartiere abitato da musulmani quando costoro hanno coperto l'intero manto stradale con tappeti da preghiera per potersi inginocchiare verso la Mecca? Non credo che molti lo farebbero con serenità. È chiaro quindi che, o noi aggiorniamo l'interpretazione delle attuali disposizioni costituzionali sulla libertà religiosa, in modo di poter affrontare consapevolmente questi gravi problemi posti dall'immigrazione di massa, oppure riconosciamo che la libertà religiosa e di manifestare la propria fede, sancita dalla vigente Costituzione è una garanzia che non ricomprende la tutela di comportamenti pubblici che siano in contrasto con tutti i cardini della nostra identità sui quali si fonda la sovranità nazionale.

Dei problemi connessi ai rischi che corre, invece, la nostra identità nazionale ho già detto in precedenza. Ma l'attuale domanda si riallaccia alla precedente relativa al cosiddetto «*modello*» italiano per l'immigrazione.

Rilevavo prima come non credo che il nostro Paese sia portatore di una cultura nazionale le cui radici siano tanto forti da consentire un processo di integrazione del genere di quello francese. D'altronde quel modello – se non sbaglio – ha in parte fallito proprio con riferimento alla massiccia immigrazione musulmana che ha colpito il nostro vicino d'oltralpe.

Immaginarsi l'Italia!

Con riferimento al nostro instabile Paese mi sembra utile la seguente considerazione: la parola integrazione contiene in sé due concetti contrapposti, quello di integrazione e quello di disintegrazione. In effetti, le possibilità sono due: o l'elemento estraneo viene integrato e quindi disintegra almeno in parte la sua identità oppure, se l'elemento estraneo conserva la sua identità, è l'identità dello stato ospitante che

rischia la disintegrazione, tanto più profondamente quanto più il fenomeno migratorio è ampio.

Non credo che tra i valori fondamentali impliciti nei primi articoli della nostra Costituzione manchi quello del rifiuto della disintegrazione dell'identità italiana. E se si tiene presente che questo rischio è tanto più forte quanto più è diversa e stratificata la cultura immigrata (per l'Islam abbiamo un *mix* di cultura e concetto di stato), ben si comprendono le preoccupazioni che alcuni componenti del clero hanno manifestato. Ma non perché si tratta di far prevalere la religione cattolica sulle altre, ma perché costoro ben conoscono i caratteri del tutto peculiari della religione musulmana, portatrice di una civiltà che ha avuto grandi momenti di splendore, ma che è ben diversa da quella che ha tratto vita dal cristianesimo..

Nel termine integrazione è insito un altro concetto che è latamente connesso a quello di uguaglianza: integrazione significa anche riduzione delle differenze e delle disuguaglianze. Ebbene proprio la differenza tra le religione cattolica e il cristianesimo in genere, ai quali sono fortemente legati i nostri principali valori culturali ed il contrasto tra questi e il parallelo mondo civile e culturale che si dipana attorno alla religione musulmana sono la causa delle condizioni di vera e propria disuguaglianza tra i due sistemi. Non, quindi, semplici diversità sulle quali tende a sorvolare la tolleranza occidentale trasfusa anche nella nostra Costituzione e nelle Carte europee dei diritti dell'uomo, bensì rilevante diversità tale da costituire vere e proprie disuguaglianze perfino giuridicamente inaccettabili.

È ovvio che, in una materia di tanta delicatezza occorre evitare, come bene ha detto Cuniberti, di generalizzare; si deve procedere e pesare caso per caso, evitare, cioè di fare di tutta l'erba un fascio. Come ricordavo prima, la religione musulmana, infatti, non ha dato vita ad un *unicum* di culture e di tradizioni e non si deve dimenticare che le differenziazioni sono già recepite nella prassi, laddove siamo abituati a non considerare troppo diversi i musulmani croati o albanesi mentre altre popolazioni musulmane ci appaiono particolarmente estranee.

Da qui il mio convincimento che atteggiamenti riferiti al mero piano religioso quale quello dei sindaci leghisti che si oppongono all'esercizio del diritto di culto da parte dei musulmani che credono in Maometto non mi può trovare d'accordo. Ma da ciò arrivare a negare che non ci siano diversità che possono assurgere a differenziazioni vere e proprie oppure ad accettare che possa darsi la cittadinanza ad emigrati che non condivideranno mai i valori sui quali si fonda la nostra società civile e quindi la nostra entità nazionale, ne corre, altro che ne corre. D'altronde, quando ho sentito e visto quei cittadini americani che si sono rifiutati di considerare Bin Laden colpevole, mi è venuto spontaneo di chiedermi se mi trovavo realmente davanti a un cittadino americano. E ciò perché vi è sullo sfondo del concetto di cittadinanza quello, fondamentale, di appartenenza a valori comuni, a tradizioni politiche comuni, a concetti di libertà e di uguaglianza comuni.

Noi non possiamo rinunciare a tutto questo. Non possiamo rinunciare a quel progresso di civiltà, di cultura, di libertà e di attuazione delle quattro Sezioni della Parte Prima della Costituzione, che abbiamo conseguito nei secoli e consolidato in cinquant'anni di vita democratica. Ammettere che nella nostra comunità possano veni-

re a insediarsi vasti gruppi di persone che non rispondono ai requisiti che sono riassuntivamente indicati dall'art. 2 e dai due commi dell'art. 3 Cost., significa rischiare di far subire alla nostra costituzione materiale un grave passo indietro. Il tutto con un'aggravante: mentre nel 1948 la «*marcia*» del popolo italiano verso più elevati livelli di democrazia e verso migliori condizioni sociali era una scommessa possibile, che poi è stata vinta, ciò non potrebbe mai avvenire per alcuni gruppi di emigrati, ove di dimensioni tali da restare *corpus* a se stante, legati a tradizioni, a costumi ed a concezioni religiose e politiche diametralmente opposte alle nostre.

È ovvio, che tutto ciò si verifica in presenza di vasti fenomeni immigratori. Quello delle dimensioni è un aspetto vero e reale del problema. Basti pensare alla vicenda dello *chador* in Francia la quale costituisce un caso emblematico che appare in contrasto con la forte tradizione d'oltralpe in materia di accoglienza degli stranieri e di tolleranza religiosa. È evidente che l'uso continuo dello *chador* anche nell'ambito scolastico in zone del territorio nazionale nelle quali vi sono ampie quote di residenti musulmani è stato visto dal Governo francese come un indice di voler mantenere una forte diversità e di rifiutare l'integrazione come prodromici al rifiuto di accettare alcuni valori comuni minimali. Il rifiuto dello *chador* pertanto non può essere visto come il prodotto di intolleranza religiosa e perfino di intolleranza pura e semplice bensì come il prodotto della volontà dei francesi di evitare un elemento di rottura nell'ambito del complesso di principi culturali ed etici comuni.

Da qui certamente la plausibilità di quelle richieste che pur partite da pulpiti religiosi in fondo non vogliono far altro che sollevare questo genere di perplessità di cui solo posizioni del tutto autolesioniste possono negare l'esistenza e la fondatezza. Certo, essendo stati tali richiami formulati da religiosi, si ha maggiormente l'impressione che si tratti di una rivendicazione di tipo clericale, ma non è così. Anche il più laico degli italiani sa che la nostra civiltà e quella dell'intero mondo occidentale è impastata fino alla sua più piccola molecola dai valori della religione cristiana dai quali essa ha tratto vita.

Annamaria Casadonte

Mi permetto di essere sintetica su questo domanda perché molte considerazioni sono già state fatte e rinvierei ad esse. In sintesi, io credo che le politiche dei flussi debbano essere determinate partendo dal presupposto che il nostro è uno Stato laico e che quindi deve affermare anche attraverso di esse il valore della sua laicità. Fra l'altro in questo vi sarebbe perfetta sintonia con la richiamata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ha sancito espressamente il divieto di discriminazioni legate anche alle convinzioni religiose. Richiamandomi ancora una volta ai fatti di questi ultimi giorni ho trovato singolare, e in un certo senso credo confermi l'opportunità di seguire questa strada, il fatto che dai primi sondaggi svolti negli Stati Uniti subito dopo gli attentati dell'11 settembre, non si è registrato il desiderio dell'opinione pubblica americana di punire gli islamici per il loro fondamentalismo religioso. Infatti, la risposta che è emersa è quella della volontà di

colpire chi ha realizzato questi fatti, i colpevoli e basta. Ciò significa che non si è alla ricerca, neppure in un momento così tragico, di un nemico che debba essere identificato per le sue convinzioni religiose, ma che viene identificato per i suoi comportamenti concreti. E questo è un segno di maturità di un certo popolo ed è secondo me la testimonianza che questa è una strada percorribile da uno Stato laico. Credo che, viceversa, non trovino fondamento nella nostra Costituzione nessuna di quelle limitazioni che si vogliono introdurre attraverso provvedimenti quali l'ordinanza del sindaco di Rovato, ovvero quelle costituite dalle chiusure delle moschee od il divieto della loro costruzione. Non ritengo che attualmente queste limitazioni possono trovare nel diritto positivo un loro fondamento e bisognerebbe proprio cambiare le regole vigenti per dare fondamento a questo tipo di scelte politiche.

Salvatore Senese

Ho già accennato che la bussola in questo groviglio di questioni deve essere, a mio avviso, quella della difesa dei diritti fondamentali. Allora, se si assume questa bussola, posizioni come quella di Sartori o quella del cardinale Biffi esprimerebbero un errore di natura per così dire metagiuridica perché fanno coincidere la dimensione giuridica dell'universalità dei diritti fondamentali con la dottrina etica sottostante. Infatti, quando si parla di universalità dei diritti fondamentali, si fa riferimento ad una convenzione giuridica, ma si fa riferimento anche a una dottrina etica. Una dottrina etica che per esempio è la mia, ma potrebbe non esserlo senza che ciò minacci i diritti fondamentali di nessuno. Per la tutela di tali diritti, in realtà, ciò che importa è la convenzione giuridica ed il rispetto di questa.

Ora, l'errore consiste nel confondere l'universalità dei diritti in tanto che convenzione giuridica e la stessa universalità in tanto che dottrina etica; come se la accettazione della convenzione dovesse necessariamente comportare l'adesione alla dottrina etica. Qualcosa, a questo riguardo, diceva – mi pare nella prima tornata – il prof. Cuniberti. Lo Stato di diritto, è stato già detto, proprio perché venuto fuori dalla secolarizzazione e dunque dalla separazione laica tra diritto e morale, non chiede l'adesione ai valori che esprime, non chiede e non deve chiederlo. Si limita, invece, ad esigere il rispetto delle sue norme. Niente di meno e niente di più. Ma, se le cose stanno così, mi chiedo come si possa dare rilievo al dato culturale che inevitabilmente coinvolge le dottrine etiche professate e quindi ricade tra quelle situazioni per le quali vige – in uno Stato di diritto ispirato all'universalismo dei diritti fondamentali – il principio di non discriminazione, come opportunamente ricordava la collega Casadonte.

Per la verità mi è parso di cogliere, da parte del prof. Chiappetti, una sorta di *caveat*, come dicono gli internazionalisti. Una messa in guardia che sintetizzerei così – naturalmente semplifico e un po' estremizzo – «tutti questi discorsi possono andare anche bene, però stiamo attenti ai presupposti di effettività dei nostri valori, perché se poi ci dovessimo trovare in presenza di una società che si disgrega, che se ne

salta in aria, che implode, non avremo più Stato di diritto, non avremo più diritti fondamentali, non avremo più nulla». Forse questa è anche la posizione di Sartori. Se questo è l'avvertimento, non nego che l'obiezione sia metodologicamente corretta, però la contesto nel merito.

Prima di tutto, perché mi pare che enfatizziamo troppo questo dato culturale come portatore di una sorta di carica esplosiva: mentre parlava il prof. Chiappetti, mi veniva fatto di pensare che l'Italia, della quale fanno parte i siciliani e i calabresi come i veneti, probabilmente in alcune fasce di popolazione del sud è più vicina alla cultura del magreb che non a quella della Finlandia. Ciò tuttavia non ci impedisce di guardare con fiducia all'Europa ed alla sua costruzione, a questo nuovo Stato in formazione che è l'Unione Europea, a questo embrione di federazione al cui interno vi sono culture notevolmente diverse da alcuni filoni della nostra cultura. Guardiamo a questa prospettiva pensando che essa potrà determinare un arricchimento, non una disgregazione. Perché con gli immigrati la prospettiva dovrebbe cambiare? Se le cose stanno così, non credo che ci sia da preoccuparsi tanto per culture apparentemente molto distanti dalle nostre. La cultura, poi, è un fatto così complicato, rimanda a processi secolari, a stratificazioni molteplici. Appunto si ricordava che alcune pratiche, che cadono sotto le norme di ordine pubblico, infibulazione o altro, hanno un'origine addirittura precedente alla dominazione islamica su quelle regioni.

Achille Chiappetti

Non è esattamente questo ciò che io volevo affermare. Quando mi sono riferito alla Parte Prima della nostra Costituzione ove si è inteso modificare e migliorare la società italiana, ho voluto soltanto rilevare che con un'immigrazione indiscriminata noi rischiamo di accogliere in Italia gruppi cospicui di individui che sono portatori di valori e di atteggiamenti comportamentali che abbiamo superato lentamente in cinquant'anni di attuazione della Costituzione.

Salvatore Senese

Questo sarebbe magari uno splendido esempio, l'unico che ammetterei, di «imperialismo dei diritti fondamentali». Accogliamo queste persone, mettiamole in contatto con la nostra realtà, discutiamo con loro come abbiamo imparato a fare tra noi per superare quelle posizioni in materia di diritto di famiglia che ricordava Chiappetti. Credo che sia molto meno difficile e dirompente di come viene rappresentato.

Insomma, tra l'immigrato maghrebino piuttosto che curdo, il quale chiede di entrare, lavorare, rispettare le leggi, e i sindaci di quelle città del nord che emettono le ordinanze che sono state qui ricordate, chi è più distante dalla cultura della Costituzione? Ecco il punto.

Marco Cuniberti

Io sono d'accordo sul fatto che il problema è la massa, però è proprio per questo che è stata prevista la programmazione. La programmazione non dovrebbe servire soltanto a garantire che venga in Italia solo chi ha il posto di lavoro (cosa che invece mi pare caratterizzi – per quanto oggi traspare – il nuovo progetto di legge del governo): la programmazione dovrebbe avere anche un altro significato, cioè quello di garantire che ci sia effettiva possibilità di integrazione per quelli che entrano. Potrebbe insomma verificarsi (e non è un'ipotesi peregrina, in qualche caso è già successo) che l'offerta di lavoro delle aziende sia superiore al volume di ingresso consentito dalla programmazione: questo non è un'assurdità, ma una cosa ragionevole, perché la programmazione non tiene conto solo dell'offerta di lavoro, ma dell'effettiva capacità di tutto un sistema sociale di reggere all'impatto (anche culturale) dell'immigrazione e di assicurare a coloro che entrano non solo un lavoro, ma anche un'esistenza complessivamente dignitosa e – aggiungo – una reale possibilità di integrazione. Il problema della massa, dunque, si può risolvere attraverso un uso intelligente della programmazione.

Salvatore Senese

Questo discorso della massa, devo confessare, mi lascia perplesso.

Comunque, una programmazione che escludesse certi flussi in ragione della loro provenienza culturale, dei caratteri culturali dei soggetti provenienti da una certa area, sarebbe a mio avviso in contrasto con il principio di non discriminazione, consacrato nella carta europea dei diritti. Se questa valutazione si fondasse invece su motivazioni di ordine e sicurezza pubblica il problema si sposterebbe e diventerebbe una questione di fatto.

Ci si dovrebbe chiedere quanto sia ragionevole e sensato ipotizzare determinati comportamenti pericolosi a partire da tratti culturali o di provenienza geografica. Un esercizio difficile e rischioso, che tuttavia i nostri giudici talora fanno nell'applicare misure di prevenzione. Lo fanno per casi individuali, mentre qui la difficoltà sarebbe aggravata dalla dimensione collettiva. Tuttavia se si riuscisse a farlo in modo sensato e ragionevole, cioè persuasivo, la cosa andrebbe bene.. Vorrei vederlo, prima di dire una parola passabilmente convinta, un decreto sui flussi ispirato a questa linea; certo, se dicesse no a chi proviene dall'Afghanistan perché è senz'altro un terrorista, la prima obiezione sarebbe che gli afghani non sono tutti talebani.

Poi ho una riserva sulla massa: non dimentichiamo che il nostro paese, tutto sommato, è il fanalino di coda dell'Unione europea per la percentuale di immigrati rispetto alla popolazione: in cifra assoluta, un milione e mezzo/due milioni. Sarebbe oltretutto interessante andare a vedere la composizione di questa «massa». Un'analisi ravvicinata, a mio avviso, modificherebbe ulteriormente i termini della discussione.

Achille Chiappetti

Sono sostanzialmente d'accordo. Volevo solo precisare un aspetto del problema.

Convengo con quello che ha detto Senese; anzi, mi sembra che egli abbia precisato ancor meglio di me il mio pensiero, che non era nel senso di affermare che vi può essere un respingimento aprioristico e generalizzato nei confronti di soggetti aventi credi religiosi fortemente diversi dal nostro. Quello che deve essere rifiutato sono singoli comportamenti o atteggiamenti che siano in contrasto con i nostri. Certo, per individuare tali comportamenti mi è stato più facile ricercarli nell'ambito di coloro che sono di religione musulmana. Ciò non toglie che io stesso ho molta più simpatia per i musulmani che ho incontrato nel Maghreb, che rispondono a criteri di educazione e tolleranza che non posso non apprezzare, molto più di certi atteggiamenti inaccettabili di quei sindaci settentrionali che hanno posto nei confronti dei musulmani restrizioni per le quali sono perfino caduti nel ridicolo, dimostrando il loro scarso livello culturale.

Quello che non mi trova d'accordo è il fatto che non si voglia dare importanza ad un aspetto del problema che rende tutte le cose molto più difficili: la massa degli immigrati. Ciò nel senso che le difficoltà e le asperità dovute alla diversità sono aggravate dalla circostanza che si tratta di fenomeni di massa.

Non dico nulla di nuovo se ricordo qui che i fenomeni di massa costituiscono qualcosa di assolutamente diverso dai comportamenti di singoli individui. Ne consegue che introdurre in un Paese come il nostro, in una società civile come la nostra già di per sé piena di debolezze e contrasti anche aspri, masse di individui che vogliono, in ragione del loro credo religioso, applicare valori o seguire regole comportamentali completamente opposte a quelle nostre, può essere molto dannoso e pericoloso. Non dobbiamo dimenticare per quanto attiene alla religione di Maometto che tra i suoi principi fondamentali vi è pure quello della sopraffazione (in senso lato) degli infedeli.

Non nego che fenomeni di intolleranza e di prepotenza religiosa abbiano macchiato la storia del cristianesimo. Mi basta ricordare l'atteggiamento dei *conquistadores* e del clero al loro seguito nei confronti degli indigeni (i c.d. pagani) del centro-sud America. Ma ancor oggi, poiché l'organizzazione ecclesiastica musulmana non è centralizzata come quella cattolica, ma è polverizzata consentendo letture interpretative totalmente differenziate del Corano, sopravvivono ampi settori del mondo maomettano che considerano la *jihad* come un dovere religioso. E non possiamo non tenerne conto e non rimanere allertati.

La tolleranza del mondo occidentale deve quindi riguardare i singoli e la loro libertà di religione. Non è più questione, invece, di tolleranza, ma è legittima difesa dello stato, la risoluzione a monte del problema degli accessi di massa. La questione, come dicevo prima, riguarda la fase iniziale dell'entrata in Italia degli immigrati, dovendosi poi consentire a chi è entrato nel nostro Paese di esercitare la libertà religiosa come ogni altro cittadino. Nulla quindi di illegittimo o di inaccettabile o di incostituzionale nel pretendere dallo Stato che esso impedisca l'entrata in Italia di gruppi forti di individui portatori di valori opposti ai nostri, tali da poter perfino determinare incrinature della sovranità.

Quesiti 4, 5 e 6

– La Corte costituzionale è stata chiamata nell'ultimo periodo ad intervenire a più riprese su questioni relative alla normativa in materia di immigrazione. Tra le varie decisioni rese spicca la sent. n. 105 di quest'anno concernente in particolare gli istituti dell'espulsione amministrativa degli stranieri irregolari e del correlativo trattenimento coattivo presso i c.d. centri di permanenza; la vicenda ha ricevuto particolare attenzione anche da parte dei media.

Nel caso di specie la Corte costituzionale, pur adottando una decisione di rigetto delle numerose questioni sollevate, sembra avere sostanzialmente accolto, in punto di motivazione, le doglianze dei giudici a quibus*, ampliando sulla base di un'interpretazione sistematica ed adeguatrice dell'intera disciplina contestata, le garanzie per il rispetto della libertà personale degli stranieri.*

Questo atteggiamento politicamente prudente della Corte merita di essere condiviso oppure lo ritenete eccessivamente timido e tale da non aver consentito delle risposte pienamente soddisfacenti rispetto alle questioni affrontate?

Qual è, nel complesso, il vostro giudizio e quali sono le vostre osservazioni sulla decisione richiamata e più in generale sulla giurisprudenza costituzionale più recente in argomento?

– Inoltre, della sent. n. 105 del 2001 della Corte costituzionale merita di essere segnalato il passaggio (punto n. 4) della motivazione in cui, pur riconoscendosi il grande rilievo dei molteplici interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione (tra cui i «problemi di sicurezza ed ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati»), viene affermata, in termini assoluti, la primazia del valore della libertà personale, così come di tutti gli altri diritti proclamati come inviolabili dalla Costituzione, spettanti «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

Nella di poco successiva sent. n. 252 del 2001 un'analoga impostazione, anche se in termini meno espliciti, viene applicata anche con riferimento al diritto alla salute, del quale gli artt. 2 e 32 Cost. configurerebbero un nucleo irriducibile e tale da doversi necessariamente riconoscere anche allo straniero irregolare, quand'anche l'ingresso dello stesso nel territorio dello Stato risulti motivato solo sulla base delle esigenze di beneficiare di cure da parte del servizio sanitario.

Ritenete corretta questa concezione universalistica ed in qualche misura

trascendente dei diritti umani (già fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), tale da non consentire forme di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, ma, evidentemente, su un piano inferiore? Può un'impostazione siffatta costituire intralcio per le politiche pubbliche volte a presidiare il territorio dello Stato, o si tratta di piani tra loro del tutto staccati?

Va osservato, peraltro, che in occasioni precedenti (terrorismo, crisi finanziarie) la giurisprudenza costituzionale, in nome di una logica dell'emergenza, aveva giustificato la compressione di diritti fondamentali.

– Infine la pronuncia costituzionale 105 del 2001 ha tra i suoi effetti principali quello di legittimare un'interpretazione per più versi estensiva dei poteri di riesame (sotto la forma della convalida giudiziaria dei provvedimenti limitativi della sfera della libertà personale assunti in via temporanea), attribuiti dalla normativa esistente ai giudici sull'attività svolta dagli apparati della pubblica sicurezza preposti al controllo dei fenomeni migratori. Una funzione che, almeno in un caso, in assenza di espresse previsioni legislative, viene immediatamente ricondotta all'art. 13 Cost. ed all'istituto della riserva di giurisdizione ivi contemplato, con una conferma della funzione garantista che l'attività giurisdizionale assolve anche con riguardo agli stranieri extracomunitari.

Qual è, a vostro giudizio, il ruolo e le funzioni che a questo riguardo la magistratura ordinaria deve esercitare, e come si conciliano con le competenze connesse all'accertamento delle attività criminali riconducibili alla presenza nel territorio dello Stato di immigrati clandestini?

Rolando Tarchi

Il tempo impiegato per dibattere gli argomenti proposti dalle prime tre domande, che mi pare, dato il livello degli interventi, tempo finora molto ben impiegato, non ci consente di discutere singolarmente gli altri quesiti proposti. Per economizzare i tempi della discussione propongo di rispondere congiuntamente alle domande nn. 4, 5 e 6, che presentano quale comun denominatore quello di riferirsi alla recente sent. n. 105 del 2001 della Corte costituzione, che, per la sua importanza, forse, non è esagerato definire una decisione storica.

Annamaria Casadonte

Con la sent. n. 105 del 2001 la Corte costituzionale ha rigettato le questioni di costituzionalità sollevate dai giudici milanesi e le ha rigettate pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto, non vincolante. La questione principale che è stata

esaminata, e cioè quella sulla legittimità dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, è stata respinta ma al tempo stesso la Consulta ha fornito una interpretazione delle norme sottoposte al suo vaglio che, in effetti, ha smentito coloro i quali avevano anche censurato i giudici per il fatto stesso di avere sollevato la questione. La decisione del rigetto sembra – questa ovviamente non è che una mia supposizione – esprimere l'intento di non smentire l'impianto della legge Turco-Napolitano che appare comunque meritevole di salvaguardia pur attraverso una rilettura costituzionalmente compatibile e che, invece, una sentenza di accoglimento avrebbe messo probabilmente in crisi. E questo, dicevo, non toglie poi che le questioni possano essere riesaminate perché, essendo proprio una sentenza interpretativa di rigetto, quindi non vincolante, possono essere riproposte sotto altri profili.

Comunque, anche per quanto riguarda la questione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera la Corte ci ha detto chiaramente che questo è un provvedimento che deve essere sottoposto al vaglio dei giudici e, quindi, in questo senso ha sostanzialmente accolto le obiezioni sollevate dai giudici milanesi. Se si deve formulare una valutazione, dando per letta la sentenza, credo non si possa che esprimere comunque un giudizio positivo. E ciò nonostante siano rimaste aperte alcune questioni, quale quella riguardante l'espulsione eseguita senza il passaggio nel centro di permanenza, questione che non poteva essere trattata perché non era stata oggetto di eccezione e che, però, deduciamo dalle motivazioni della sentenza, dovrebbe essere accolta *de plano* qualora venisse sollevata proprio perché la Corte ci ha detto che la misura dell'accompagnamento attiene alla libertà personale e in quanto tale una sua sottrazione non è compatibile con la nostra Costituzione.

È in tal modo consacrata l'affermazione che la materia dell'espulsione dello straniero non può essere sottratta al quadro costituzionale delle libertà fondamentali riconosciute ad ogni persona in quanto tale. Ritengo che sotto questo aspetto la sentenza rappresenti una risposta importante, così come è stato importante avere indicato quali sono le guide che la stessa organizzazione amministrativa, il prefetto e il questore, il prefetto prima come autorità che emana il provvedimento di espulsione, il questore come organo deputato alla sua esecuzione, devono seguire.

In altri termini la Corte si è fatta carico di quelle esigenze che nell'ambito applicativo si sono manifestate e che i giudici rimettenti hanno segnalato evidenziando l'impossibilità in numerosi casi di esercitare in concreto il controllo effettivo non meramente formale sul procedimento di espulsione, sulla reale sussistenza delle motivazioni invocate in provvedimenti che, ricordiamolo, sono perlopiù fatti «a stampone» e dove appunto è palpabile la discrasia fra l'approccio di carattere amministrativo e l'effetto di incisione su un diritto fondamentale quale quello della libertà personale universalmente riconosciuto.

Credo che, rispetto ad altra giurisprudenza costituzionale precedente, quest'ultima sentenza rappresenti un punto di avanzamento, perché non dobbiamo dimenticare che in passato non sempre la Corte costituzionale è stata così disponibile a trattare e a farsi carico in modo approfondito delle questioni collegate a questa nuova normativa.

C'era capitato appunto di leggere ordinanze che forse avevano liquidato un po'

troppo sinteticamente certi problemi, e mi riferisco in particolare a quella che aveva deciso la questione relativa all'art. 16 del T.U., concernente cioè l'espulsione come sanzione sostitutiva, che ci aveva detto appunto che si trattava di una misura amministrativa e non di una sanzione sostitutiva, senza con questo risolvere i dubbi che i giudici di merito per primi avevano sollevato.

Per quanto riguarda la concezione universalistica affermata dalla Consulta ritengo che rappresenti un aspetto positivo. C'è da osservare che il disegno di legge governativo non sembra essere in sintonia con la traccia segnata dalla sentenza della Corte costituzionale, nel senso che non sembra farsi carico di tutte le esigenze di controllo e dei principi in essa affermati. Parimenti il Parlamento non sembra aver dato corso alla possibilità di modificare la legge nel senso delineato e cioè modificando le norme che riguardano appunto la questione dell'accompagnamento coattivo senza il passaggio attraverso il centro di permanenza, allorchè l'espulsione è eseguita immediatamente.

Ricordo che invece una questione rimasta in sospeso, o meglio sulla quale la Corte è stata nettamente sfavorevole, è quella della durata del trattenimento e cioè dell'impossibilità del giudice di sindacare sulla durata eventualmente inferiore ai venti giorni prorogabili di dieci che è prevista appunto dall'art. 14 del T.U. n. 286 del 1998. Tra l'altro questo termine sembrerebbe destinato, nel disegno di legge in discussione, ad essere portato a sessanta giorni.

Il punto che meno convince del ragionamento fatto dalla Corte in proposito è che, se si afferma che il bene primario compromesso è quello della libertà personale, si fa fatica a cogliere e a giustificare poi la differenza che, per esempio, consente in tema di misure cautelari di chiederne in qualunque momento la revoca dimostrando il venir meno delle esigenze cautelari che ne avevano giustificato l'adozione, mentre nel caso del trattenimento del centro non si riconosce la possibilità al cittadino extracomunitario di fare presente che la mancanza dei documenti è stata superata oppure che esiste un vettore disponibile all'esecuzione del viaggio, chiedendo un provvedimento giurisdizionale sulla durata del trattenimento. Tutto questo appare contraddittorio.

Salvatore Senese

Voglio dire, innanzitutto, che ho salutato con grande soddisfazione questa sentenza della Corte che ha avuto il coraggio di andare francamente controcorrente. Da una Corte costituzionale, mi aspetto – innanzitutto – questo.

Andare contro corrente, significa non soltanto avere il coraggio di contrastare uno stato diffuso dell'opinione pubblica, soprattutto le posizioni dei media, ma anche una posizione tutto sommato comune all'intero sistema politico. Perché non posso dimenticare – anche se ho fatto parte della precedente maggioranza di governo, e forse proprio per questo – che, all'indomani delle ordinanze, ho sentito esponenti autorevoli del governo di centro-sinistra (ho creduto di cogliere su questo un accenno molto schivo della collega Casadonte) che quasi quasi mettevano in dubbio il potere-dovere dei giudici di sollevare questioni di legittimità costituzionale, sostan-

zialmente dicendo «ma insomma che cosa gli salta in mente? L'espulsione amministrativa con accompagnamento coatto alla frontiera fa parte del nostro ordinamento da oltre un decennio». Si è trattato di una forte caduta di cultura istituzionale, oltre che di stile, che a suo tempo mi ha indotto ad intervenire pubblicamente per dire che invece era salutare questo sottoporre a prova di resistenza costituzionale una legge così complessa e delicata sulla quale – al di là di un giudizio complessivamente positivo (io ebbi a votarla) – tanti dubbi permanevano.

Sostanzialmente la Corte ha detto che le garanzie dell'art. 113 della Costituzione non possono subire, rispetto agli stranieri, attenuazioni motivate dalla tutela di altri beni costituzionali. Si può supporre che vi sia arrivata con un lavoro interno difficile quanto equilibrato, ma il risultato è che, in materia di libertà personale, ha detto delle verità fondamentali che peseranno. Certo poi resta aperta una serie di problemi, che possono però assestarsi.

Non sarei del tutto d'accordo con la collega Casadonte quando critica la chiusura della Corte riguardo alla denuncia della mancata previsione di un sindacato giurisdizionale sulla durata del trattenimento. Addentrarsi su questo terreno, avrebbe creato ulteriori complicazioni. Se avverrà che l'extracomunitario ristretto abbia ragioni per far valere la cessazione dei motivi del suo trattenimento, si potrà aprire uno specifico contenzioso che innescherà quella dinamica della giurisprudenza che il sistema politico sembra ignorare. Non che non condivida sul punto le osservazioni della collega Casadonte, ma starei anche molto attento ad attribuire alla Corte costituzionale compiti che sono propri del legislatore, cioè la prefigurazione di un sistema completo.

Tra i problemi che restano – sono d'accordo – v'è il forte sospetto d'incostituzionalità della norma che prevede l'accompagnamento alla frontiera a prescindere dal provvedimento di trattenimento. Qui si apriranno problemi pratici notevoli, rispetto ai quali credo che un governo pensoso, aldilà del proprio orizzonte, degli interessi generali dovrebbe attrezzarsi, perché immagino che il giorno in cui arrivasse una sentenza di questo genere sugli accompagnamenti alla frontiera, che oggi avvengono *de plano*, le forze di polizia comincerebbero a strillare come aquile e, dal punto di vista dell'organizzazione del loro gravoso lavoro, non avrebbero torto, giacché si troverebbero gravate di compiti impossibili a realizzare. Spetta appunto al Governo e al parlamento trovare per tempo le soluzioni che coniughino efficienza e garanzie.

Vedo altri problemi in questa disciplina. Tanto vale accennarli, giusto per amor di calligrafia.

Per esempio, dice la Corte che il giudice chiamato a convalidare il provvedimento di trattenimento deve verificare se sussistono i presupposti di cui all'art. 13. Fino a che punto deve arrivare questa verifica? È una verifica di tipo puramente formale, tanto per intenderci come quella affidata (dalla legge, non dalla prassi) alla Corte di Cassazione, sulla motivazione alla sentenza, dall'art. 606, primo comma, lett. *e*) del codice di procedura penale, oppure il giudice può portare il proprio esame anche sulla corrispondenza di quanto affermato nel provvedimento alla situazione di fatto? Ad esempio, siccome tra gli espellendi con accompagnamento ci sono gli appartenenti alle categorie pericolose di cui all'art. 1, legge n. 1423 del 1956 e all'art. 1, leg-

ge n. 575 del 1965, può l'extracomunitario opporre agli elementi dai quali è stata dedotta la sua pericolosità altri elementi che l'escludono? Oppure, nel caso sia espulso con accompagnamento perché, privo di valido documento, si ritenga sussistente il pericolo che possa sottrarsi all'esecuzione, può addurre e provare circostanze che escludono questo pericolo?

Annamaria Casadonte

Leggendo la sentenza pare di capire che l'orientamento della Corte vada nel senso di riconoscere un esercizio della giurisdizione pieno. La previsione dell'art. 13 è interpretata nel senso che devono essere valutati tutti gli elementi, in quanto strumento a garanzia dei diritti.

Salvatore Senese

Anch'io riterrei preferibile questa interpretazione, però a questo punto si aprono problemi.

Marco Cuniberti

Bisogna tenere conto che la motivazione di questi provvedimenti è fatta facendo una crocetta in un casellario, e quindi appare insussistente.

C'è poi comunque il problema dell'impugnazione del provvedimento entro cinque giorni, e allora dobbiamo chiederci come si coordina questo con l'impugnazione del provvedimento di espulsione, che ha già un suo regime autonomo di impugnazione.

Salvatore Senese

Sì anche questo è un ulteriore problema.

Marco Cuniberti

Per precisare meglio il mio pensiero, aldilà delle osservazioni puntuali che ci sono nella sentenza, anche perché si colloca su una lunghezza d'onda che caratterizza la giurisprudenza costituzionale più recente, mi sembra che si possa evincere una forte responsabilizzazione del giudice. Si dice al giudice: giudice, io posso occuparmi delle questioni più grosse, delle anomalie che impediscono il riconoscimento, però poi tu hai gli strumenti, fanne uso.

Salvatore Senese

Quindi potrei addurre una prova testimoniale e chiedere al giudice di arrivare fino a questo. Lasciamo stare poi il termine «cinque giorni» che è un altro problema. Ciò che mi preme dire è che, se si apre questo orizzonte, bisognerebbe cominciare ad attrezzarsi. Chi si deve attrezzare? Prima di tutto gli uffici di Polizia, che, diceva giustamente Cuniberti, ora fanno la crocetta. Il giorno in cui questi uffici sono chiamati non solo a fare la crocetta ma in qualche modo ad indicare circostanze concrete, suscettibili di essere contrastate (questo potrà avvenire ogni tanto perché magari ci saranno delle associazioni che prenderanno a cuore il caso) si apriranno problemi di professionalità, organizzazione, risorse. Intendiamoci, questa a me parrebbe la strada da seguire in una prospettiva di alta civiltà del diritto; però vorrei che qualcuno ne fosse consapevole. Ora io non so se questa consapevolezza sussista. Adesso magari sentiremo, quando arriveremo all'ultimo quesito, perché non so assolutamente cosa bolle in pentola. Da quel poco che è dato capire dal dibattito pubblico, nessuno si pone di questi problemi né nel governo né nel Parlamento. Intendo i problemi di che cosa significhino concretamente alcune parole. Vi sono parole che piacciono molto e su di esse si raggiunge l'unanimità. Per esempio: Corte penale internazionale; diritti della persona; e così via. Però poi, quando si tratta di far camminare queste belle parole attraverso procedure, istituzioni, dislocazione di poteri, attribuzione di risorse, allora ci si disinteressa.

Marco Cuniberti

Prima di rispondere a queste domande, ho una breve postilla su quello che si è detto proprio da ultimo, cioè il problema della giurisdizione piena o meno piena sui presupposti del provvedimento di esecuzione coattiva (perché la riserva di giurisdizione non è sul provvedimento di espulsione, ma soltanto sull'accompagnamento). Una maggior pienezza della giurisdizione potrebbe esserci nel momento in cui si ammettesse la possibilità del giudice di chiamare l'amministrazione al contraddittorio con l'interessato. Oggi nel procedimento di convalida ci si limita a sentire l'interessato, non c'è una presenza fisica dell'Amministrazione. È stato introdotto – è vero – l'art. 13 *bis,* che prevede che l'impugnazione del provvedimento di espulsione vada notificata anche all'amministrazione in modo che questa possa partecipare al giudizio, ma questa norma vale solo per l'impugnazione dell'espulsione, non per il giudizio sulla convalida del trattenimento su cui non si dice nulla. Però – e proprio su questo è la mia osservazione – anche prima dell'introduzione, col decreto legislativo n. 113 del 1999, di questa norma, alcuni giudici ordinari in sede di impugnazione del provvedimento di espulsione avevano già iniziato a chiamare l'Amministrazione a comparire.

Per meglio dire, si trasmetteva il ricorso all'Amministrazione in modo che potesse intervenire. Attraverso una simile misura, in presenza di provvedimenti poco motivati o di situazioni dubbie, se il giudice comunica alla Amministrazione l'esi-

stenza di un procedimento e l'Amministrazione non partecipa al contraddittorio, dal comportamento dell'Amministrazione si possono desumere forse elementi concludenti ai fini della decisione. Se la motivazione non è completa o pienamente convincente, e se l'Amministrazione non interviene per spiegare meglio le sue ragioni, non si vede per quale motivo il provvedimento in discussione debba essere confermato: sarà dunque onere dell'Amministrazione partecipare al contraddittorio. In questo modo si può forse realizzare una relativa pienezza della giurisdizione, compatibile con le strettoie del rito. È chiaro che questo comunque comporta un lavoro di supplenza del giudice: il ruolo di supplenza che la Corte non svolge direttamente lo lascia svolgere ai giudici, il che determinerà notevoli incertezze interpretative; non vi è dubbio che sarebbe auspicabile anche in questo ambito un intervento legislativo.

In realtà molto è rimesso alla buona volontà del giudice: può darsi che alla fine si consolidino determinate prassi, ma sarà un processo lento e non privo di contraddizioni e incertezze.

Passando all'esame della sentenza, secondo me qui la Corte dice due cose importantissime, perché chiariscono molte ambiguità che erano nella giurisprudenza precedente. La prima è che sia l'accompagnamento coattivo sia il trattenimento, per quanto non finalizzati alla repressione di reati, per quanto di breve durata e disciplinati in maniera diversa dalla detenzione, sono comunque misure restrittive della libertà personale. L'altra affermazione è ancora più importante: la Corte afferma nettamente che la libertà personale non tollera discriminazioni fondate sul possesso della cittadinanza. Anche questo è importante perché fino a pochi anni fa la Corte sembrava ancora legata a una vecchia impostazione, per la quale da un lato si riconosceva la spettanza dei diritti fondamentali, dall'altro anche in questo ambito si riteneva fossero ammesse differenziazioni di trattamento connesse alla cittadinanza. Ora invece si nega nettamente che in presenza di un diritto spettante anche allo straniero possano darsi discriminazioni legate alla cittadinanza, e questo è un salto di livello fortissimo.

Meno convincente è la soluzione finale cui approda la Corte, in particolare il ricorso allo strumento della sentenza interpretativa di rigetto. Come si è detto, questa soluzione lascia aperta un'infinità di problemi, e chiama in causa non solo i giudici ma anche l'Amministrazione: il seguito di questa decisione non dipenderà soltanto dai giudici, ma anche dall'Amministrazione. Se un giudice nega la convalida del trattenimento, dicendo nella motivazione che non c'erano i presupposti l'accompagnamento coattivo, la Corte dice che una simile decisione non può non travolgere anche la misura dell'accompagnamento, ma di fatto non c'è un provvedimento formale di annullamento che colpisca quest'ultima misura: in questa situazione, non si può escludere che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga che la misura dell'accompagnamento coattivo, non formalmente investita dalla decisione del giudice, rimanga efficace, e che vi dia quindi esecuzione. Bisognerà quindi verificare se le prassi amministrative si uniformeranno alla decisione della Corte. È vero che la sentenza dice che il diniego di convalida per l'assenza dei presupposti dell'accompagnamento coattivo «travolge» anche quest'ultima misura, ma di fatto siamo in presenza di una sorta di disapplicazione del provvedimento illegittimo.

Annamaria Casadonte

In realtà si considera sussistente un caso di annullamento del provvedimento amministrativo. Molti ricorsi si concludono con una dichiarazione di annullamento che poggia sull'analogia con la disposizione della legge n. 689 del 1981. La conclusione si fonda sul seguente ragionamento: il giudice ordinario è investito del controllo sul provvedimento di espulsione sul presupposto che esso incida su un diritto soggettivo e ciò comporta, come espressamente previsto allorché il giudice ordinario è investito del controllo sull'ordinanza-ingiunzione emessa dall'autorità amministrativa, il potere di annullamento dell'atto impugnato secondo il chiaro dettato normativo dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981. Nello stesso senso si ritiene di poter annullare il provvedimento di espulsione in caso di accoglimento del ricorso.

Marco Cuniberti

È vero che non è escluso che il giudice ordinario possa annullare atti della pubblica amministrazione, e lo stesso testo unico sullo straniero ce ne dà un esempio quando attribuisce al giudice ordinario il giudizio sul provvedimento di espulsione; ma la Costituzione è molto chiara nel dire, all'art. 113, terzo comma, che spetta alla legge individuare quali organi giurisdizionali possano annullare atti amministrativi e in quali casi, e con quali effetti, e in questo caso la legge tace sul destino dell'accompagnamento coattivo. L'interpretazione della Corte è appunto solo un'interpretazione, la cui efficacia è più persuasiva che vincolante, per questo sarebbe stata preferibile una sentenza additiva, una decisione di accoglimento insomma.

Un altro problema che la decisione pone è che con essa si accresce enormemente la disparità di trattamento tra chi viene espulso con l'accompagnamento coattivo eseguito immediatamente e chi è assoggettato al trattenimento: chi è espulso con il trattenimento ha comunque la garanzia di un controllo, che si estende anche alla legittimità dell'accompagnamento coattivo, mentre chi viene espulso con accompagnamento coattivo immediato non ha nessun controllo preventivo. È vero che può sempre impugnare il provvedimento in seguito, ma in primo luogo la possibilità di impugnazione non può essere invocata per compensare la violazione della riserva di giurisdizione, perché si tratta di garanzie autonome e distinte, e in secondo luogo è chiaro che l'impugnazione, una volta eseguito il provvedimento di espulsione, non è affatto agevole, e lo dimostra il fatto che non sono ancora arrivate alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale riferite all'ipotesi dell'accompagnamento coattivo immediato.

Quanto all'atteggiamento prudente manifestato in questa occasione dalla Corte, la Corte è stata sempre prudente in materia di immigrazione: c'è stata qualche decisione additiva in materia di ricongiungimento, ma sulle misure restrittive l'atteggiamento della Corte è sempre stato di estrema cautela. Quindi la prudenza c'è sempre stata, e in molti casi ciò è comprensibile: credo che lo fosse anche nel vigore della vecchia normativa, anche se si trattava di norme in larga parte in contrasto con la nostra

civiltà giuridica e con i principi costituzionali vigenti, dato che interventi di accoglimento in quella materia avrebbero probabilmente aperto delle brecce difficili da colmare in assenza di interventi organici del legislatore. Quello che stupisce molto di più è stato l'atteggiamento tenuto in questa circostanza dal governo, che si è arroccato in una difesa ad oltranza della normativa esistente, quando forse non sarebbe stato impossibile un intervento volto ad adeguare l'attuale normativa ai principi costituzionali, senza che ciò comportasse uno stravolgimento dei suo principi di base, che a mio avviso sono complessivamente condivisibili. Sarebbe stato sufficiente prevedere un intervento del giudice nell'adozione, o al limite nella convalida, del provvedimento di accompagnamento coattivo: quello che al riguardo si obbietta è che ciò comporta oneri organizzativi, ma se si tiene conto che i giudici già sono impegnati in sede di convalida del provvedimento di trattenimento, l'aumento di costi potrebbe risultare alla fine complessivamente sostenibile.

Annamaria Casadonte

È un costo organizzativo non indifferente quello legato ai trattenimenti non terminati con l'espulsione, costo che si conosce fin dall'inizio nei casi in cui lo straniero trattenuto appartenga a paesi con i quali manca un trattato di riammissione. Peraltro le statistiche del Ministero dell'interno dell'anno scorso rilevavano un tasso bassissimo di espulsioni effettivamente eseguite entro il termine di trenta giorni del trattenimento, evidenziando l'irragionevolezza sotto il profilo economico di un sistema di governo dell'immigrazione incentrato sull'espulsione. Si tratta però di un costo organizzativo che rischia di essere trascurato anche dal disegno di legge governativo e che è destinato a lievitare per il solo fatto dell'ipotizzato prolungamento del trattenimento.

Marco Cuniberti

Del resto, è chiaro che garantire l'effettività dell'espulsione ha comunque un elevato costo per la collettività: non c'è solo il costo per garantire il controllo giurisdizionale, ci sono i costi delle pratiche burocratiche finalizzate ad identificare il paese di provenienza dello straniero e ad assicurare che questo paese sia disposto ad accoglierlo, ci sono i costi delle spese di viaggio, e così via. Se insomma si vuole una espulsione non onerosa per le finanze e per l'organizzazione dello stato nel suo complesso, allora dobbiamo fermarci al vecchio strumento dell'intimazione ad abbandonare il territorio, che è assolutamente non onerosa, anche se inadeguata sul piano dell'effettività. C'è dunque sicuramente un onere organizzativo ed economico, ma forse un onere tollerabile, perché comunque se si vuole eseguire l'espulsione mediante accompagnamento coattivo non credo che ci sia altra strada che quella di prevedere un controllo d'ufficio e preventivo del giudice, se non sul provvedimento di espulsione quantomeno sulle sue modalità di esecuzione.

Vorrei poi dire un'ultima cosa sul problema del bilanciamento, che è sollevato

nella quinta domanda. Non sono d'accordo sul fatto che la Corte neghi, con questa ed altre sentenze, la possibilità di un bilanciamento tra la libertà personale e altre libertà o altri beni costituzionalmente tutelati. Qui la Corte a mio avviso dice un'altra cosa, cioè dice che in relazione alla libertà personale non si può discriminare sulla base del possesso o dell'assenza della cittadinanza. Non dice che non si può bilanciare questa libertà con altri beni, tant'è che il bilanciamento il legislatore lo fa quando dice che per assicurare l'effettività del provvedimento di espulsione si può adottare una misura restrittiva della libertà personale, compiendo dunque un'operazione di bilanciamento tra un'esigenza di politica dell'immigrazione e l'esigenza di tutelare la libertà personale.

Rolando Tarchi

Dalla lettura della sentenza mi pare di evincere un carattere di assolutezza della libertà personale e degli strumenti che l'art. 13 pone a presidio della sua garanzia, libertà il cui nucleo essenziale deve essere garantito comunque, e che, pertanto, non può essere bilanciato con altri valori o interessi pur essi tutelati dalla Costituzione. C'è la forza di un principio supremo che si impone per la sua assolutezza e non tollera deroghe in nome di altri principi.

Marco Cuniberti

Quello che si dice in questa sentenza non è però che il valore della libertà personale non possa subire restrizioni, ma che le garanzie dell'art. 13 non possono applicarsi in modo differenziato a cittadini e stranieri. Non credo che l'interpretazione suggerita da Tarchi della pronuncia della Corte sia proponibile: a seguire questa interpretazione si perviene a conclusioni inaccettabili, si arriva ad esempio ad escludere che possano disporsi limitazioni alla libertà personale a tutela, ad esempio, del diritto alla salute o del diritto alla vita, diventa impraticabile qualunque forma di restrizione della libertà personale.

A mio avviso qui la Corte dice solo che, in relazione alla tutela di altri beni, non si può differenziare tra cittadino e straniero. Questo cosa vuol dire? Che la tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti comunque non può determinare compressione di quelle specifiche garanzie che l'art. 13 detta per la tutela della libertà personale, cioè della riserva di legge della riserva di giurisdizione. Ma non vuol dire che non si possa stabilire una misura restrittiva della libertà personale a presidio di un provvedimento restrittivo della libertà di soggiorno, e dettato a tutela di altri beni, qual è il decreto di espulsione.

Nel momento, però, in cui l'art. 13 detta delle regole precise, queste non possono essere derogate: insomma, il bilanciamento si può fare sui principi, quindi sul valore della libertà personale complessivamente considerato in rapporto ad altre esigenze di tutela, per cui si limita la libertà personale nel senso che si prevede una ipotesi di

restrizione per tutelare un altro bene. La riserva di legge, la riserva di giurisdizione, queste non sono graduabili o suscettibili di bilanciamento, perché o ci sono o non ci sono, o sono rispettate o sono violate. Mi pare insomma un problema di rapporto fra regole e principi: la libertà personale come valore o principio tollera restrizioni e operazioni di bilanciamento con altri valori, mentre la riserva di giurisdizione non può essere bilanciata perché, per la sua diversa struttura normativa, o c'è o non c'è. Insomma, la Corte qui dice questo: noi possiamo prevedere specifiche ipotesi restrittive della libertà personale finalizzate a esigenze di politica dell'immigrazione, ma una volta che le abbiamo previste le specifiche garanzie, cioè le regole specifiche che l'art. 13 detta a garanzia della libertà personale, non possono subire attenuazioni in relazione al possesso o all'assenza della cittadinanza in capo al soggetto. Il senso è che in effetti la riserva di giurisdizione non si bilancia, ma questo non vuol dire che la libertà personale si colloca al di sopra di tutti gli altri beni costituzionalmente tutelati, vuol dire solo che ci sono delle regole costituzionali che hanno una struttura tale per cui non possono essere bilanciate: i principi, i valori se si vuole, possono essere bilanciati, le regole possono essere solo rispettate o violate.

Achille Chiappetti

Ringrazio per aver modificato l'ordine degli interventi su questi ultimi quesiti, in quanto le risposte finora fornite mi consentono di orientarmi un po' meglio in campi nei quali non ho approfondite conoscenze.

Mi sembra che anche per questi ultimi aspetti valga la individuazione e la diversificazione dei due piani sui quali si deve affrontare il nodo dell'immigrazione, quello del momento dell'entrata degli stranieri nel nostro territorio e quello della permanenza una volta entrati. Le risposte ai quesiti ora posti sono difficili proprio perché ci troviamo di fronte a un problema che potremmo dire di confine tra i due piani; stiamo, infatti, parlando di chi è entrato o sta entrando violando le disposizioni sul diritto d'ingresso. Stiamo parlando di chi entra illegalmente e di quali siano i diritti di costoro che si trovano in questa sorta di limbo, del passaggio della frontiera (o della quasi flagranza di passaggio).

Sono d'accordo con il sen. Senese che in questa sua sentenza la Corte costituzionale sia stata molto meno attenta del solito ai risvolti politici della sua pronunzia. La Corte costituzionale ci ha abituato a tante sentenze nelle quali ha dosato le esigenze del rispetto della legittimità costituzionale con le necessità concrete o con le difficoltà di azione degli apparati pubblici o del legislatore.

Ebbene, proprio perché assolutamente legalistica, la sentenza ha effetti a mio avviso demolitori e particolarmente rilevanti, se letta con la dovuta attenzione.

D'altronde, la sua importanza sta proprio nel fatto che essa ribadisce puri principi costituzionali, come era da attendersi dal collega costituzionalista che ne è stato l'estensore; un giudice designato dal Centro-destra e portatore di una concezione particolarmente puntuta dei valori liberali contenuti nella nostra Costituzione.

In proposito mi sembra fondamentale la frase centrale nella sentenza, in cui vie-

ne richiamato il valore della libertà nei diritti costituzionali, riallacciandola al carattere universale della libertà personale: «*non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili spetta ai singoli*». Si tratta di un'affermazione che collega in un unico testo paritario l'art. 2 e l'art. 3 Cost. ed estende, quindi, a tutti i cittadini, e non i diritti di libertà di cui all'art. 13 e segg..

La sentenza obiettivamente solleva un'ampia serie di problematiche.

La prima consiste nella domanda che spesso è necessario porsi di fronte a sentenze innovative della Corte costituzionale: si tratta di una pronunzia isolata cui faranno seguito dei ripensamenti oppure vi saranno pronunzie successive sulla stessa linea di indirizzo? In effetti, non di rado la Corte ci ha abituato a sentenze non perfettamente coerenti l'una con l'altra. La solidità e la chiarezza dell'impianto motivatorio della sentenza, induce a ritenere che la Corte abbia voluto significare la continuità del nuovo indirizzo. Sta, quindi, a noi farci carico degli aspetti politici che il Giudice costituzionale ha tralasciato, delle esigenze di tutela della identità nazionale e della necessità di affrontare i gravi problemi di sicurezza e di ordine pubblico che possono conseguire ai flussi migratori illegali? È possibile mai che tali esigenze non meritino alcuna considerazione perché totalmente cedevoli di fronte ai valori universali dei diritti di libertà?

Ebbene, non credo che il messaggio che viene dalla sentenza della Corte possa mai arrivare fino al punto di negare il diritto dello Stato di difendere la sua stessa identità. È, dunque, necessario stabilire quale sia l'entità dello spostamento della linea di bilanciamento tra diritti di libertà e difesa dello Stato che consegue alla drastica decisione della Corte a favore dei primi.

Non credo che sia giusta una lettura rigida dei principi imposti dalla sentenza della Corte, anche perché, se così si facesse, la sentenza stessa apparirebbe contraddittoria laddove, da una parte, riconosce l'esistenza di fondamentali interessi nazionali di auto-conservazione, ma nelle sue conclusioni sembra prescindere totalmente da questi interessi. La realtà è che il problema di contemperamento che la Corte non ha ritenuto di sanzionare a livello di interpretazione delle disposizioni costituzionali, si sposta necessariamente sul piano dell'attività della polizia preventiva che deve risolvere il problema stesso, migliorando la sua organizzazione e la sua capacità di intervento nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

D'altronde, mi sembra che la Corte abbia – a ben vedere – operato correttamente: essa ha evitato di tirare fuori dal fuoco le patate bollenti che Parlamento e Governo le avevano propinato. Dobbiamo ricordare, infatti, che ci troviamo in quella sorta di terra di nessuno che sta tra il momento dell'entrata nel territorio e la presenza «*legale*» dello straniero in Italia. Lo Stato e il Governo e, quindi, le forze di polizia e le forze armate, si sono letteralmente auto-castrati negandosi il diritto sacrosanto di respingere gli immigrati clandestini prima che questi tocchino il territorio nazionale. Dopo la tragica vicenda del natante carico di profughi albanesi che è affondato a seguito di una collisione con una nave della Marina Militare, alcuni anni or sono, l'Amministrazione ha rinunciato a svolgere tale attività preventiva. Ma la Corte si è giustamente rifiutata di coprire l'infausto meccanismo sostitutivo che si è venuto a

costituire, nel quale gli immigrati clandestini non vengono più respinti brutalmente in mare o alla frontiera ma vengono accolti per essere poi rispediti all'estero senza troppi complimenti. Ed è proprio questo aspetto dei «*senza troppi complimenti*» che la Corte ha creduto di non poter avallare attraverso un'interpretazione restrittiva dei diritti di libertà.

Sono, quindi, assolutamente convinto che male hanno fatto coloro che hanno criticato con eccessiva prontezza la sentenza, anche perché questa lascia, comunque, ampi spazi alla pubblica amministrazione, imponendole soltanto di correggere il proprio modo di operare. Essa, infatti, non costituisce un ostacolo per l'attività di respingimento degli immigrati clandestini, qualora l'Amministrazione si doti di uffici, di personale e di procedimenti adeguati che consentano l'esercizio del potere stesso in maniera tale da garantire i principi costituzionali in materia di libertà.

In altre parole, anche se la sentenza non ha la forma tradizionale delle sentenze interpretative di rigetto, la sostanza però è quella: essa rimanda la palla o meglio la patata bollente, nelle mani del legislativo e dell'esecutivo, cui è demandato l'esercizio del potere di respingimento degli immigrati clandestini che la Corte non ha, ovviamente, escluso.

Se vi sono alcuni dubbi, questi riguardano l'eccessivo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nell'ambito del procedimento e ciò, non perché non spetti a tale autorità alla luce dell'art. 13 Cost. di intervenire a tutela dei diritti di libertà, ma perché i magistrati vengono di nuovo caricati di funzioni che sono sostanzialmente di polizia preventiva. Senonché questo aspetto dovrebbe valere solo nei tempi brevi (anche se in Italia non esistono tempri brevi), sarà sufficiente, infatti, introdurre disposizioni di legge che individuino ipotesi di espulsione sufficientemente precise, per far si che l'attività stessa sia correttamente istruita e svolta dall'autorità amministrativa. Sarà pure necessario individuare ipotesi alla luce della rapida tempistica entro la quale deve svolgersi e concludersi il potere di espulsione; non è ad esempio valido il richiamo all'ipotesi della sottoponibilità a misure di prevenzione che non ha ragione di essere per giustificare l'espulsione degli immigrati clandestini e che importa la necessità di istruttorie non certo rapide. Tutte soluzioni ancora mancanti ed è evidente che in queste condizioni di carenza legislativa la Corte non poteva che limitarsi a dire che il potere di ripulsa può essere esercitato, ma non ha ritenuto giustamente di «*coprire*» i difetti e la illogicità della normativa ordinaria introdotta a tal fine.

Da costituzionalista non posso non apprezzare l'operato della Corte.

Ecco, ora io vorrei concludere con i concetti che ho qui espresso, poiché mi sembra che ciò che volevo dire è stato capito. Ossia che a mio avviso la sentenza della Corte può essere letta in senso favorevole da parte della Pubblica amministrazione, da parte del Governo, ove proponga una riforma della legge sulle espulsioni, come una pronuncia in cui la Corte percepisca, malgrado tutto, la gravità dei problemi per la sicurezza e l'ordine pubblico e avvalli, come costituzionalmente legittima, la legislazione che limita l'ingresso dei clandestini. Ovviamente la sentenza è drastica laddove affronta il successivo problema del bilanciamento, al punto di mettere certamente in difficoltà le strutture amministrative e lo stesso legislatore, quando vorrà introdurre una disciplina che sfugga ai vizi di legittimità costituzionale.

Ritengo, tuttavia, che il problema non possa considerarsi risolvibile solo attraverso la correzione della vigente legislazione.

Dovremmo forse pensare ad una riforma costituzionale. Ci dovrà essere una disciplina multinazionale, sia con la legislazione che abbiamo oggi a livello europeo, sia a livello mondiale. Non potrà mancare una nuova capacità di valutazione a fronte dei sempre più rilevanti fenomeni che stanno accadendo e anche a seguito della tragedia dell'11 settembre. L'intero Occidente, e non solo esso, fra un po' si troverà in trincea.

Potranno allora i problemi nuovi essere affrontati con il tranquillo distacco di cui la Corte ha dato prova con la sua sentenza?

Senonché, ciò non toglie che l'indicazione fornita dalla Corte sta in un forte invito a cercare alternative più logiche per la semplificazione del procedimento a monte dell'espulsione e quindi per la semplificazione delle attività che dovranno essere svolte dalla polizia di prevenzione e dai magistrati, di conseguenza.

Quesito 7

Tra gli impegni assunti in campagna elettorale dall'attuale maggioranza c'è anche quello di modificare il testo unico sull'immigrazione; nella seduta del 10 agosto scorso il Consiglio dei ministri ha iniziato la discussione di un disegno di legge del quale sono stati resi noti solo i principi ispiratori[1]*; tale riforma pare ispirata ad una logica restrittiva (anche mediante iniziative di carattere internazionale) degli accessi degli stranieri extracomunitari e della concessione dei relativi permessi, di un inasprimento delle misure repressive dell'immigrazione irregolare con riguardo soprattutto all'istituto dell'espulsione. Si discute anche dell'opportunità di prevedere nuove figure di reato che sanzionino lo* status *di immigrato clandestino, seppure limitatamente all'inottemperanza all'ordine di espulsione.*

---

[1] Ecco il testo del comunicato stampa di Palazzo Chigi diffuso tramite Internet (tratto da: http://www.palazzochigi.it/servizi/comunicati/dettaglio.asp): «Consiglio dei Ministri n. 9 del 9 agosto 2001. Il Vicepresidente Fini ed il Ministro Bossi hanno svolto una relazione illustrativa sul disegno di legge che introduce significative modifiche al Testo Unico n. 286 del 1998, in materia di immigrazione rese necessarie dall'esperienza dei primi tre anni di vigenza che hanno mostrato lacune e provocato difficoltà applicative.

Il provvedimento, coerente con gli impegni assunti dall'attuale maggioranza durante la campagna elettorale, tiene conto, oltre che dei mutamenti in corso del fenomeno in Italia e in Europa, della proposta di Direttiva che, dopo essere stata approvata dalla Commissione europea, è attualmente al vaglio del Consiglio europeo. In particolare, le innovazioni concernono:

a) orientamento della cooperazione internazionale e degli aiuti all'adozione da parte degli Stati non appartenenti alla UE di politiche di effettivo contrasto nei confronti dello sfruttamento criminale dell'immigrazione clandestina e quindi di concorde lotta al traffico degli esseri umani e ai traffici illeciti a questo connessi (droga, armi, prostituzione);

b) integrazione degli extra-comunitari fondata sul reale inserimento nel mondo del lavoro;

c) durata del permesso di soggiorno commisurata alla durata del lavoro;

d) fissazione delle quote, con uno o più decreti annuali, sulla base dell'inserimento nel mondo del lavoro;

e) limitata regolarizzazione per gli immigrati, già regolari e già in possesso di un permesso di soggiorno, che hanno perso il lavoro e hanno superato il limite massimo di iscrizione nelle liste di collocamento;

f) eliminazione dell'istituto dello sponsor;

g) effettività dell'espulsione per il clandestino, invertendo la logica che finora ha reso praticata in via principale l'intimazione ad allontanarsi dal territorio nazionale;

h) razionalizzazione dei ricongiungimenti familiari, al fine di ricondurre l'istituto nell'alveo della famiglia così come riconosciuta dalla Costituzione;

i) procedura accelerata per il riconoscimento del diritto di asilo;

j) coordinamento e monitoraggio della nuova normativa attraverso un apposito Comitato nazionale, che viene istituzionalizzato.»

Per altro verso si continua a non elaborare una compiuta disciplina in tema di asilo politico.

Sussistendo sicuramente un interesse generale del paese volto in ordine ad un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione extracomunitaria ritenete che la normativa vigente richieda interventi riformatori del tipo di quelli proposti, di altro segno o nessuno?

ACHILLE CHIAPPETTI

È necessario premettere che noi non conosciamo ancora il testo esatto della proposta; disponiamo esclusivamente del breve sunto contenuto nel comunicato della Presidenza del Consiglio e possiamo soltanto ipotizzare una ricostruzione del contenuto del disegno di legge.

Quello che noi sappiamo con certezza è il fatto che questa iniziativa governativa costituisce l'adempimento di un preciso impegno elettorale contenuto nel programma che ha fatto conseguire la maggioranza alla Casa delle Libertà. È ovvio pertanto che l'attuale Governo si senta vincolato nella determinazione dei contenuti del disegno legge. L'impegno riguardava la presentazione di una terza legge di disciplina del fenomeno dell'immigrazione, dopo la superata normativa Martelli e tendente a correggere la legge Turco-Napolitano attualmente vigente la quale non merita di essere sovvertita quanto piuttosto di essere modificata e perfezionata; d'altronde ci troviamo ancora in una situazione di vera e propria emergenza cui già fa fronte la legge vigente. Di talché la vera urgenza è solo quella di procedere alle correzioni che costituiscono l'impegno assunto dall'attuale Governo con gli elettori.

Non sembra dalle poche parole che si leggono nel comunicato della Presidenza del Consiglio si possa trarre una certezza assoluta se il disegno di legge intende introdurre una normativa completamente nuova o semplicemente procedere con correttivi parziali. Ho l'impressione che la risposta giusta sia quest'ultima perché se non fosse stato così il comunicato l'avrebbe certamente evidenziato. Se così è, devo presumere che vi sono molte probabilità che finalmente si procederà all'atteso perfezionamento di una legislazione che è stata da sempre dettata con la fretta e l'approssimazione con le quali si opera quando si procede in via d'urgenza per affrontare situazioni di emergenza.

Un altro aspetto positivo a mio avviso è la circostanza che la nuova legge verrà approvata in un contesto più favorevole. L'Italia infatti non si trova più in una situazione isolata, dato che l'emergenza immigrazione si sta estendendo ad altri Stati fino ad oggi meno «*aggrediti*» dal fenomeno stesso: anche Francia e Spagna hanno recentemente subìto alcuni importanti eventi invasivi da parte di folti gruppi di immigrati clandestini. È quindi possibile che si proceda anche in questo campo alla ricerca di principi comuni per una legislazione europea sul tema. E ciò non può che costituire un ulteriore elemento di garanzia e di serenità anche per la futura legge italiana.

Tentando di andare oltre queste considerazioni generali e tentando di soffermarci su aspetti di dettaglio, ritengo che anche sul piano comunitario non possa non essere prevista una disciplina sulla limitazione degli ingressi collegata alla realtà del mondo del lavoro e alle esigenze di sviluppo economico del paese di accoglienza. Né dovrebbero esserci dei dubbi circa la necessità che le quote entro le quali consentire l'ingresso degli immigrati debbano essere passibili di sollecite correzioni al fine di tener conto della continua evoluzione della «*contingenza*» economica.

Non condivido le critiche di coloro che ritengono eccessivamente severo il criterio di collegare la durata del permesso di soggiorno alla permanenza del rapporto di lavoro. E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché tale limitazione temporale non può essere rifiutata da chi riconosce che i flussi migratori possono e anzi debbono essere condizionati alle prospettive di occupazione nel mondo del lavoro di coloro che immigrano nel nostro Paese. In secondo luogo perché è da supporsi che la normativa *in itinere* non sarà certamente tanto categorica da far sì che l'immigrato che cessa dal lavoro, specie quando ciò avvenga all'improvviso, debba essere considerato automaticamente e immediatamente un clandestino dal giorno in cui diviene un disoccupato. Mi sembra un po' eccessivo, comunque, supporre che quella parte della nuova legge che ha lo scopo di rendere effettiva l'espulsione del clandestino, si possa ritenere destinata anche alla situazione in cui un immigrato regolare abbia perso il suo posto di lavoro. È ovvio che, quando ciò avvenga debba essere applicato un trattamento diversificato che preveda, ad esempio, l'obbligo del neo-disoccupato di presentarsi alle autorità che si curano dell'immigrazione per chiarire la propria posizione anche come soggetto in cerca di un posto di lavoro.

Credo, in altre parole, che possa ritenersi clandestino solo colui che tenta illegalmente di entrare nel nostro Paese e, certamente, non è questa la situazione di chi, già immigrato da tempo, venga a trovarsi privo di lavoro.

Questo problema, comunque, si collega ad un altro aspetto della questione «*immigrazione*». La terza legge dovrebbe consentire di arrivare ad una disciplina priva dei caratteri della transitorietà e della emergenza. Come dicevo poco fa, dovrà essere stabilizzata e razionalizzata la metodica dei flussi di immigrazione; il che non vuol dire necessariamente la fissazione di quote annuali intangibili, dato che queste dovrebbero poter variare rapidamente. I flussi dovrebbero, inoltre, essere collegati ad accordi bilaterali con i possibili Paesi di provenienza salvo, ovviamente, le situazioni in cui i flussi immigratori sono composti da veri e propri rifugiati.

Ma la nuova e più stabile disciplina del settore deve, per essere definita ordinaria, dedicarsi con maggiore attenzione al versante organizzativo degli apparati pubblici operanti nel settore dell'immigrazione. Da questo punto di vista la prima legge Martelli era assolutamente insufficiente, l'attuale appare molto più articolata ma solleva gravi problemi perché, per la sua eccessiva ideologizzazione, non si è curata a sufficienza degli aspetti organizzativi. Occorre riconoscere che l'insufficiente preveggenza dei nostri legislatori ha fatto si che la risposta dello Stato al fenomeno dell'immigrazione di massa sia stato molto approssimativa e ha fatto si che essa si sia andata costruendo sulla pelle degli Italiani.

Come mi sembra abbia affermato precedentemente Cuniberti, questa materia

dovrebbe essere risolta, proprio per questo motivo, in un'ottica *bipartisan*, alla luce della presenza dei rilevantissimi interessi nazionali in gioco, la quale dovrebbe impedire contrapposizioni politiche più o meno strumentali. E, in effetti, quando vi sono posizioni motivatamente diversificate, esse sono generalmente trasversali nei partiti e negli schieramenti politici.

Comunque, ciò che mi sembra non possa essere messo in dubbio, è che il legislatore deve procedere finalmente alla creazione di un'apposita struttura amministrativa per fare fronte a questa non più tanto nuova funzione statale. In questo quadro organizzativo dovranno essere attentamente disciplinati i poteri preventivi e repressivi delle autorità amministrative preposte. Dovrebbero anche essere coinvolte più pienamente le Regioni anche per parare richieste non ammissibili, riguardo, ad esempio, alla *devoluzione* della materia della sicurezza pubblica, più o meno locale che essa sia.

Se i precedenti governi e parlamenti avessero proceduto su questa via, oggi non dovremmo contare su aiuti esterni. Però così è. La ricerca di una nuova disciplina meno scadente dell'attuale, si semplificherà certamente se la Comunità europea riuscirà a dettare delle regole precise generali sui casi di obbligo di ammissione di extracomunitari e i casi di espulsione o i casi di non accettazione: in tal caso allora tutto il sistema di difesa europea si costruirà su basi comuni.

In questo quadro dovrebbe anche essere ricompresa la nuova disciplina del diritto d'asilo che, a mio avviso, deve essere semplicemente una delle tante possibili conclusioni del procedimento di espulsione. Da qui la necessità di ribadire che la nuova normativa procedimentale dovrà necessariamente essere attentamente studiata e formulata in maniera accurata e articolata affinché da essa possano scaturire i diversi provvedimenti di ammissione, di espulsione, di concessione o diniego del diritto d'asilo nel rispetto dei principi costituzionali, nonché delle norme e delle convenzioni internazionali.

Salvatore Senese

Ci si chiede se, ad avviso di ciascuno di noi, la normativa vigente richieda interventi riformatori del tipo di quelli proposti.

Richiamando quanto ho già avuto occasione di dire, osservo che si continua a non elaborare una compiuta disciplina in tema di asilo politico, che considero centrale per tentare di dare un passabile ordine a questa intricata materia. Nel disegno di legge, così come viene presentato dal comunicato stampa di Palazzo Chigi, peraltro, si prevede anche una procedura accelerata per il riconoscimento del diritto di asilo. È ancora troppo poco; tuttavia potrebbe essere il segnale di una sensibilità rispetto alla connessione esistente tra problema immigrazione e problema diritto di asilo.

Condivido anche il proposito (che è piuttosto una linea, peraltro non nuova, di politica estera più che una linea di riforma normativa) di orientare la cooperazione internazionale e gli aiuti all'adozione da parte degli Stati non appartenenti all'UE di politiche di effettivo contrasto nei confronti dello sfruttamento criminale dell'immi-

grazione clandestina e quindi di concorde lotta al traffico di esseri umani ed ai traffici illeciti a questi connessi (lettera *a*) dei punti indicati nel comunicato stampa).

Ma la maggior parte degli interventi di cui a mio avviso vi sarebbe bisogno sono di altro segno rispetto a quelli proposti e sono quelli ai quali ho già accennato.

Tra gli interventi proposti, peraltro, mi trovano molto critico:

Quello di cui alla lettera c), «durata di permesso di soggiorno commisurata alla durata del lavoro». Ma come si può proporre una tale misura in un mondo in cui la durata del lavoro – lo diciamo continuamente quando si tratta di elaborare politiche sociali – è qualcosa che cambia in continuazione, in cui bisogna essere pronti a saltare da un lavoro a un altro e questo anche nelle fasce professionali non particolarmente alte? Diamogli il tempo, a questo lavoratore straniero, dopo aver perso un lavoro di trovarne un altro, altrimenti rischiamo d'introdurre un forte incentivo alla clandestinizzazione.

Quello di cui alla lett. f), «eliminazione dell'istituto dello *sponsor*». Anche questo a me pare negativo, perché lo *sponsor* è uno di quegli istituti che consente di superare le rigidità di un meccanismo di forte amministrativizzazione dell'incontro tra domanda e offerta. D'altra parte, si tratta di vegliare affinché le condizioni poste dalla legge sullo *sponsor* – che sono puntuali e non particolarmente lievi – siano effettivamente osservate. Rilevo per esempio che in quasi tutte le nostre città c'è un problema di immigrati clandestini costituiti da signore di vari paesi che svolgono attività di cura e di assistenza agli anziani. Mi risulta, ad esempio, che molti sindaci di comuni toscani hanno il problema di queste lavoratrici che rischiano continuamente l'espulsione con conseguente crisi dell'economia e della tranquillità di una serie di famiglie. In ciascuno di questi comuni, di questi grossi agglomerati, vi sono infatti una cinquantina, forse un centinaio, di famiglie con persone anziane, ammalate croniche, portatrici di *handicap*, che vengono assistite da queste signore, che stanno lì un paio d'anni poi tornano a casa e magari fanno arrivare un'amica o una conoscente della quale la famiglia si fida. Una delle linee oggi allo studio è fare in modo che attraverso un'accorta utilizzazione dell'istituto dello *sponsor,* patrocinata e magari promossa da parte del comune, si possa superare questa sorta di clandestinizzazione e, al tempo stesso, soddisfare in modo legittimo le esigenze dalle quali prende origine.

Quello di cui alla lettera g), «effettività dell'espulsione per il clandestino …»; qui abbiamo già visto quanti e quali problemi esistono. Occorrerebbe indicare piuttosto il «come» s'intende perseguire l'obiettivo.

Per quanto riguarda la lett. d), «fissazione delle quote sulla base dell'inserimento nel mondo del lavoro», non so bene cosa questo possa significare.

E analogo dubbio confesso per la misura di cui alla lett. h), «razionalizzazione del ricongiungimento di familiari al fine di condurre l'istituto nell'alveo della famiglia così come riconosciuto dalla Costituzione»: se leggo l'art. 29 della legge, trovo che il ricongiungimento di familiari é disciplinato secondo quelle linee nell'ambito della famiglia per parenti fino al III grado.

Rolando Tarchi

Leggendo il comunicato stampa di Palazzo Chigi mi sembra che residui una certa ambiguità di fondo in ordine al c.d. reato di immigrazione clandestina o di permanenza clandestina, di cui numerosi esponenti politici della destra hanno sostenuto la necessità. Vi inviterei a prendere una posizione precisa in ordine a questo punto, perché a me pare riveli un tipo di approccio al problema di tipo ideologico, quando, invece, potrebbe risultare inutile sottoporre a procedimento penale persone per le quali la sanzione più grave è sicuramente quella dell'espulsione dall'Italia. Forse sarebbe preferibile concentrare gli sforzi sull'organizzazione del sistema per garantire un'effettiva applicazione delle sanzioni amministrative già oggi previste.

Salvatore Senese

Sia nella prima versione – perché la prospettiva dell'introduzione del reato di immigrazione clandestina sembrerebbe abbandonata qui – sia nella seconda versione – reato di permanenza clandestina – i problemi che si aprono sono molto più numerosi delle soluzioni offerte. Il «tipo d'autore» dell'immigrato clandestino è quello che noi vediamo arrivare sulle nostre coste a rischio della propria vita. Pensiamo di poterlo fermare con la minaccia di un anno, tre anni (o quanti mai?) di reclusione? Ho letto, tempo fa, una dichiarazione del procuratore Cordova che – con grande fiducia nelle virtù taumaturgiche della repressione – affermava che il problema dell'immigrazione clandestina si risolverebbe inserendo una norma che preveda l'arresto in flagranza dell'immigrato clandestino e quindi la sua immediata espulsione una volta terminata la espiazione della pena. Non so come questa formula magica potrebbe tradursi concretamente in pratica: l'arresto in flagranza implicherebbe la convalida, dopo la quale occorrerebbe disporre la custodia cautelare misurandosi con le condizioni di cui agli art. 274 ss. c.p.p. Si potrebbe prevedere l'obbligo del giudizio direttissimo, ma, anche in questo caso, l'inizio dell'espiazione della pena presupporrebbe una sentenza di condanna irrevocabile e sino al passaggio in giudicato il soggetto sarebbe in stato di custodia cautelare e si dovrebbe dunque anche qui fare i conti con le condizioni ed i termini della custodia cautelare. E quando infine tutte queste difficoltà fossero superate (per la verità non riesco a vedere bene come) resterebbe pur sempre la difficoltà di rimpatriare un soggetto del quale spesso non si conosce l'identità, il paese di provenienza, ecc. ecc.

Annamaria Casadonte

Abitando nel «profondo Nord» mi capita di leggere spesso in edicola i titoli del quotidiano «La Padania». Qualche giorno fa il titolo del giornale era, in concomitanza con l'avvio della discussione sul nuovo disegno di legge, «Immigrazione: si cambia tutto». Altri giornali attribuivano al ministro Bossi l'intenzione di sfogarsi sugli immi-

grati in attesa della *devolution*. Battute a parte credo che la bozza di disegno di legge per come la conosciamo non consenta di cogliere quale sia il problema attuale, vero e concreto che si intende risolvere e quali siano le insufficienze della normativa attuale cui si intende porre rimedio. Qual è il problema concreto che deve essere risolto attraverso la trasformazione della normativa vigente da legge che riconosce alcuni diritti oltre ad imporre precisi doveri in un assetto ridimensionato in cui i diritti di cittadinanza sono incentrati e subordinati alle ragioni del lavoro (contratto di soggiorno in funzione della durata del rapporto di lavoro)? Fra l'altro, va detto, ciò era già previsto dalla legge n. 943 del 1986 e con riferimento ad essa non era mancato chi aveva osservato che costituiva una condizione quasi irrealistica l'avere i futuri immigrati già stipulato prima del loro ingresso in Italia un regolare contratto di lavoro. Eravamo nell'86. L'esperienza passata dovrebbe farci riflettere e concludere che forse non è questo l'approccio migliore dal punto di vista razionale e che forse questa prospettiva di riforma serve appunto, come diceva il prof. Chiappetti, più a rispondere alle esigenze elettoralistiche che non a quelle reali e concrete rivelatesi in seguito all'esperienza applicativa fin qui maturata del T.U. n. 286 del 1998.

Non sono neanche molto d'accordo sul fatto che il problema della determinazione delle quote debba essere integralmente, o più considerevolmente di quanto non avvenga oggi, rimesso alla gestione delle Regioni. Sono convinta che in tema di immigrazione e di programmazione dei flussi la politica debba essere delineata a livello di Stato centrale: soprattutto perché le Regioni, effettivamente molto collegate al territorio, conoscono sì le esigenze locali ma questo potrebbe indurre a fare valutazioni di scelta sul tipo di immigrati che ciascuna di esse auspica di avere con effetti *latu sensu* discriminatori che, invece, a livello centrale potrebbero essere evitati.

Per quanto riguarda l'effettività dell'espulsione per il clandestino si è già detto che la logica dell'inversione che si prospetta non è necessariamente idonea a garantire il risultato che si dichiara di voler perseguire.

Marco Cuniberti

Come già ho accennato, credo che questa normativa in generale rappresenti un compromesso soddisfacente tra le esigenze di controllo dell'immigrazione e le garanzie dello straniero. Certo ci sono delle pecche, ci sono possibilità di miglioramento, c'è questa grossa questione della giurisdizione, ma complessivamente credo che sia un testo che per la prima volta fornisce una disciplina organica, che forse sarebbe il caso di far funzionare anziché avventurarsi in una nuova rivoluzione normativa. Rivoluzione normativa che rischia di lasciare le cose nel complesso non molto diverse da come stanno. Purtroppo tutto induce a ritenere che l'impianto legislativo sarà rivoluzionato dall'attuale maggioranza: dico purtroppo, perché i segnali che arrivano dai comunicati del governo e dai giornali non sono molto rassicuranti, e soprattutto non consentono di capire bene che tipo di progetto si vuole realizzare. Come diceva prima la dott.ssa Casadonte, non si capisce cos'è che non va e dove si vuole realmente cambiare.

Cominciando dalla questione del reato di immigrazione clandestina, penso che più che un problema di costituzionalità si ponga un problema di opportunità: nella forma più incisiva, quella cioè della repressione dell'immigrazione clandestina in quanto tale (idea che però oggi sembra abbandonata), si tratta di una misura del tutto inutile, perché il problema che pone il clandestino è quello del suo effettivo allontanamento (e questa, per lui, è già una sanzione); nella forma più lieve, cioè della repressione penale del rientro illegale dopo l'espulsione, la sanzione penale è già prevista dal tredicesimo comma dell'art. 13 del testo unico, dove si dice appunto che lo straniero espulso e che rientra nel territorio senza autorizzazione è punito. Si tratta di una pena lieve (arresto fino a sei mesi cui segue l'espulsione con accompagnamento immediato), e si può pensare di aumentarla se si vuole, ma non so fino a che punto ci sia un'effettiva convenienza ad incrementare ulteriormente il sovraffollamento carcerario.

Passando all'esame delle sommarie indicazioni che emergono dal comunicato stampa del governo, il primo punto (l'orientamento della cooperazione internazionale all'adozione da parte degli Stati di politiche di effettivo contrasto nei confronti dello sfruttamento criminale dell'immigrazione) è una cosa condivisibile, ma non ha niente a che fare con la politica dell'immigrazione, è un discorso che esula dai contenuti della legge vigente.

Il secondo punto (l'integrazione fondata sul reale inserimento nel mondo del lavoro) è una affermazione che mi pare non rinnovi nulla rispetto ai principi della legislazione vigente: a meno che non la si intenda – e questo mi sembra che sia il senso, anche dall'esame di altre affermazioni contenute nel documento – nel senso che la possibilità non solo di ingresso, ma anche di soggiorno dell'immigrato sia legata solo ed esclusivamente alle esigenze del mercato del lavoro. E in questo senso mi sembra che vadano anche i tre punti successivi (durata del permesso di soggiorno commisurata alla durata del lavoro, fissazione delle quote sulla base dell'inserimento nel mondo del lavoro e limitata regolarizzazione per gli immigrati che hanno perso il lavoro e che hanno superato il limite massimo di iscrizione nelle liste di collocamento), anche se non è molto chiaro lo scenario che delineano.

Complessivamente la tendenza che emerge è verso una accentuazione della precarietà del lavoro e anche del soggiorno del lavoratore. Il riferimento alla durata del soggiorno commisurata alla durata del lavoro è significativo. Va detto che obblighi internazionali (mi riferisco in particolare alla Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 143 del 24 giugno 1975, richiamata nell'art. 2 del testo unico) prevedono che lo straniero che perde il lavoro debba comunque disporre di un tempo ragionevole per trovare una nuova occupazione, tempo che la stessa Organizzazione del lavoro ha determinato in un minimo di sei mesi e che l'attuale legge ha fissato in un anno. Sarebbe dunque incostituzionale, per violazione degli obblighi internazionali richiamati dall'art. 10, secondo comma, una disciplina che non accordasse un ragionevole lasso di tempo allo straniero che perde il lavoro.

Per quello che riguarda la previsione ulteriore relativa alla fissazione delle quote sulla base dell'inserimento nel mondo del lavoro, anche questo non si capisce che cosa significhi se non appunto il fatto che la programmazione dei flussi avrà come

unico termine di riferimento le esigenze produttive delle imprese, quindi l'esigenza produttiva di assumere nuovi lavoratori. Questo svuota di significato il senso complessivo della programmazione, perché come ho osservato prima la programmazione teneva conto di una molteplicità di parametri e aveva un più ampio significato, quello cioè di regolare l'immigrazione in relazione alle possibilità di accoglienza del paese nel suo complesso, possibilità che in ipotesi potrebbero essere anche inferiori rispetto alle richieste di manodopera che provengono dalle aziende. Il fatto – che talora si è verificato – che le richieste di manodopera da parte delle aziende possano essere anche superiori rispetto ai flussi determinati in sede di programmazione, non è un'assurdità, ma ha un significato ben preciso: vuol dire che lo Stato non si occupa soltanto di fare l'ufficio di collocamento delle imprese, ma deve occuparsi anche di altro, cioè di garantire un'effettiva possibilità di accoglienza, di integrazione, di inserimento, le condizioni insomma perché al lavoratore sia assicurata un'esistenza libera e dignitosa, come vuole l'art. 36 Cost., e la possibilità di partecipare attivamente all'organizzazione economica, sociale e (al limite) anche politica del paese, come vuole l'art. 3, secondo comma.

Mi pare invece che qui predomini una visione della politica dell'immigrazione ispirata, all'opposto, all'idea dello Stato come un grande ufficio di collocamento: il rischio di questa politica è che si consenta di entrare a quantità di stranieri anche ingenti, magari anche maggiori di quelle che entrano sulla base programmazione come oggi è concepita, ma che vi entrino con una condizione di vita e di lavoro molto più precaria e incerta, senza cioè che siano predisposte le strutture e i servizi che consentono agli immigrati di condurre un'esistenza libera e dignitosa.

L'eliminazione dell'istituto dello *sponsor* (cioè del garante previsto dall'art. 23 della legge) viene additata come una grande novità. Non si capisce bene, veramente, perché l'istituto in questione sia considerato così deleterio, né mi pare che l'esistenza dello *sponsor* abbia determinato un incremento della immigrazione clandestina: mi sembra uno strumento utilizzato con molta prudenza, e che oltretutto è funzionale all'esigenza di controllo, perché comunque consente di avere sempre dei soggetti responsabili. In realtà sorge l'impressione che l'eliminazione dello *sponsor* abbia soprattutto un significato ideologico, che poi è quello che è sotteso a tutta questa legge, e cioè di affermare l'idea che può entrare non solo chi ha intenzione di lavorare, ma solo chi ha già un lavoro: la prestazione di garanzia è infatti l'unica ipotesi in cui oggi l'ingresso (l'ingresso per motivi di lavoro) è consentito anche a chi non dispone di una richiesta nominativa da parte di un datore di lavoro al momento dell'ingresso.

Tutto ciò risponde all'idea di collegare la regolazione dell'immigrazione soltanto alla richiesta di lavoro da parte delle aziende; per contro, manca del tutto la prospettiva di un radicamento della presenza del soggetto nel territorio, di un suo inserimento nel tessuto non solo produttivo, ma anche sociale, culturale, e – perché no – politico del paese, e questo mi pare un aspetto sommamente discutibile, in presenza di una Costituzione che dichiara che la Repubblica è «fondata sul lavoro» e in cui il lavoro costituisce un titolo fondamentale per la partecipazione alla vita non solo economica, ma anche politica e sociale.

Si parla poi di effettività dell'espulsione per il clandestino: il clandestino, cioè chi

ha distrutto i documenti ed è entrato sottraendosi ai controlli alla frontiera, già oggi è espulso con accompagnamento coattivo, quindi non si capisce cosa occorra di più per garantire l'effettività.

Si parla, ancora, di una «razionalizzazione» dei ricongiungimenti familiari «ai fini di ricondurre l'istituto nell'alveo della famiglia come riconosciuta dalla Costituzione»: al riguardo, come giustamente diceva prima il sen. Senese, leggendo l'art. 29 sul ricongiungimento familiare non si vede proprio in quale punto questo vada fuori dalla nozione di famiglia delineata dalla Costituzione. Se invece l'idea è quella di cancellare una giurisprudenza costituzionale che in alcuni casi ha esteso il diritto al ricongiungimento (ad esempio consentendo, nella sentenza n. 203 del 1997, l'ingresso al genitore del figlio minore convivente in Italia con l'altro genitore, anche se quest'ultimo non fosse unito al primo in matrimonio), se questo è l'obiettivo credo che molto difficilmente con una legge ordinaria si possano porre nel nulla principi affermati in pronunce della Corte costituzionale, pronunce che tra l'altro non muovono affatto dall'idea di scardinare la nozione costituzionale di famiglia, e semmai si propongono di garantire il diritto dei minori – anche nati fuori dal matrimonio – ad una vita familiare completa ed equilibrata, come vuole l'art. 30 della Costituzione.

E un problema di rapporto con la giurisprudenza della Corte si porrà anche in relazione all'obbiettivo di garantire l'effettività dell'espulsione per il clandestino: se già pone problemi costituzionali l'attuale disciplina, ho molti dubbi che la si possa rendere più severa dell'attuale (ammesso che ciò sia necessario, e ho spiegato perché non ritengo lo sia) senza scontrarsi con i principi affermati dalla Corte.

Per quello che riguarda infine l'idea di introdurre una «procedura accelerata» per il riconoscimento del diritto di asilo, se sicuramente, come ricordava prima il sen. Senese, in questo ambito c'è molto da fare, mi pare che la questione sia decisamente complessa e delicata, e non si possa ricondurre semplicemente ad un problema di tempi, oltretutto con il rischio di una diminuzione sostanziale di tutela in un settore in cui sono messi in discussione diritti fondamentali della persona, a cominciare dallo stesso diritto alla vita.

IV

I LIBRI

Recensione a P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

di *Andrea Pisaneschi*

Il libro di Veronesi si colloca nella scia della recente tendenza alla analisi «sezionale» della giurisprudenza della Corte costituzionale. Dalla analisi attenta della giurisprudenza vengono tratte tuttavia alcune considerazioni di interesse generale che pongono le premesse per un avvicinamento del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato alla funzione «generale» della Corte sul controllo della regolarità costituzionale.

Il lavoro di Veronesi muove da una premessa a mio avviso del tutto condivisibile: l'abbandono, nei conflitti tra i poteri dello Stato, della distinzione tra vindicatio potestatis e conflitto da menomazione.

Questa distinzione appare oggi molto datata. Non solo in pratica la vindicatio potestatis non si è mai realizzata, ma essa si è dimostrata di scarsa utilità anche sul piano teorico. Per dirla in una parola,se un potere si appropria della competenza di un altro potere vuol dire che in primo luogo ha violato le norme che definiscono la propria sfera di competenza. Dunque l'attenzione della Corte è tendenzialmente spostata verso le norme costituzionali che regolano l'attività del soggetto agente e non verso le norme che regolano l'attività del soggetto leso.

Veronesi ci dice poi che nel giudicare i conflitti la Corte segue tre strategie diverse.

Per gli atti giurisdizionali o dell'ufficio centrale per il referendum il sindacato si esercita solo sui limiti esterni del potere, con limitata creatività da parte della Corte; per i conflitti che potremmo definire «tipici» (Commissione antimafia Potere giurisdizionale, C.S.M. Ministro di Grazia e Giustizia) la Corte esercita invece un notevole potere creativo nella determinazione del parametro; per i conflitti *ex* art. 68 della Costituzione il controllo della Corte è prevalentemente centrato sull'iter logico seguito dal Parlamento.

Vi è un filo rosso comune che lega queste tre strategie diverse ? Veronesi non vuole centrare l'analisi su questo profilo (e forse fa bene a non tentare operazioni che possono apparire forzature) ma alcuni spunti sembrano dimostrarne l'esistenza.

In primo luogo c'è la costante preoccupazione della Corte a non entrare nel merito delle scelte compiute dal potere per non essere costretta a sostituirsi ad esso. Ed invero questa preoccupazione, che nei conflitti costituzionali è particolarmente sentita per ovvie ragioni, è propria di tutti gli organi giurisdizionali che hanno a che fare con l'esercizio del potere discrezionale. Se vogliamo le figure sintomatiche dell'eccesso di potere rispondono alla stessa esigenza …

In questa luce le tre strategie decisorie apparentemente diverse della Corte costituzionale sembrano assumere una più intima coerenza.

Per gli atti del potere giurisdizionale l'atto che la Corte deve sindacare non è espressione di un potere discrezionale, ma è frutto della applicazione di una norma ad una fattispecie. Dunque forte è il rischio della rivalutazione nel merito da parte della Corte e spiegabili le ragioni di un sindacato sui limiti esterni, con limitata creatività.

Nei conflitti che hanno come punto di partenza l'art. 68 della Costituzione, la Corte tenta abitualmente di limitare il sindacato al controllo sull'inter logico. Anche questa tecnica è spiegabile con la natura dell'attività del Parlamento che (nel caso dell'art. 68) è espressione di due attività: l'applicazione di norme a fattispecie (secondo le linee *mutatis mutandis* dell'attività giurisdizionale) e la valutazione discrezionale rispetto ai fini tutelati dalla norma. Questo secondo profilo è espressione di una attività di ponderazione di interessi e dunque, nella sostanza, espressione di attività discrezionale. Non a caso la Corte sembra applicare a questa tipologia di conflitti la tecnica delle

figure sintomatiche dell'eccesso di potere che costituisce l'approccio tipico al controllo sul potere discrezionale.

Nei conflitti c.d. «tipici» infine, l'attività creativa della Corte è tutta nella norma parametro. In questa tipologia di conflitti infatti – che vertono sulle zone grige, nelle quali le competenze si intersecano e si sovrappongono – la vera operazione creativa è nella determinazione del parametro. Il comportamento diviene ex se illegittimo dopo che il parametro è stato individuato secondo lo schema della «violazione di legge».

Se si concorda con questa impostazione alla fin fine non si sfugge ad un dubbio di natura «terminale». Cosa significa in realtà «cattivo esercizio del potere»? Il dubbio può venire non tanto perché Veronesi non abbia raggiunto l'obbiettivo che si era proposto (una ricostruzione dei conflitti in termini di «cattivo esercizio del potere» appunto) ma perché forse è questa stessa formula ad apparire logora di fronte alla evoluzione di un istituto che si pensava fosse del tutto residuale nell'economia della giustizia costituzionale e che invece, anche in termini meramente quantitativi, si è sviluppato al di là di ogni previsione.

Non ricordo in verità se la formula «cattivo esercizio del potere» fu creata dalla dottrina prima e poi dalla Corte o viceversa.

È certo tuttavia che questa espressione ha avuto molto fortuna.

Essa evoca il profilo dinamico del conflitto (non presente nella legge 1953 n. 87) consentendo tuttavia di non allontanarsi troppo dal modello costituzionale e legislativo. Lascia margini di manovra alla Corte di guardare «dentro» l'attività degli organi costituzionali ma decidendo lei stessa «quanto dentro».In definitiva è servito ad amplire i poteri della Corte gradualmente, contribuendo alla legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale anche in questa competenza.

Per contro tuttavia esso è un vizio «atipico», non codificato, privo di riscontri in altri modelli giurisdizionali e dunque totalmente e forse eccessivamente flessibile. Non a caso il libro di Veronesi non tenta neppure un ricostruzione dogmatica del vizio, appoggiandosi invece a classificazioni esclusivamente giurisprudenziali.

Niente di male, potrebbero sostenere quelli che credono che la Corte si muova con logiche del tutto diverse dagli organi giurisdisionali a maggior ragione nei conflitti tra i poteri, e che dunque sia del tutto legittimata a seguire la regola del caso per caso. Cosa assai grave invece per coloro i quali pensano che la legittimazione della Corte, specialmente nelle questioni delicate dei conflitti tra i poteri, derivi proprio dalla coerenza delle categorie applicate e dunque dalla loro previdibilità.

Come spesso succede la verità si trova probabilmente nel mezzo. È indiscutibile che la Corte necessiti di margini di manovra, specialmente in una materia quale i conflitti tra i poteri, dove una mediazione di «alto livello costituzionale» come si dice tra i fautori della prima tesi, è certamente necessaria. È tuttavia opportuno che questa mediazione segua delle regole, non sia abbandonata al principio del caso per caso, e in definitiva,visto che la decisione consegue ad un processo (e non a un procedimento) vengano utilizzate, quantomeno come base, le categorie tipiche dei giudizi contenziosi.

Se si analizza in questa prospettiva l'uso che la Corte ha fatto del «cattivo esercizio del potere» può vedersi come, anche per i conflitti tra i poteri dello Stato, non stonerebbe la utilizzazione di una terminologia diversa e più simile a quella in voga davanti ad altre autorità giurisdizionali.

In particolare nei conflitti che hanno come parte il potere giudiziario la Corte ragiona perlopiù in termini di «incompetenza», non volendo essere né ulteriore giudice di appello né di Cassazione rispetto al potere giudiziario.

Nei conflitti così detti «tipici», dove l'aspetto qualificante è la determinazione del parametro, il giudizio della Corte segue un modello sillogistico tipico del vizio di «violazione di legge».

Nei conflitti *ex* art. 68 nei quali l'aspetto prevalente è la valutazione sulla ponderazione degli interessi e sul potere discrezionale, le linee del giudizio seguono perlopiù il modello dell'eccesso di potere.

Da questa lettura traspare inoltre che il modello del giudizio di confitto di attribuzione tra i poteri dello Stato sta subendo una ulteriore trasformazione. Esso, dopo essere stato considerato per decenni un qualcosa di totalmente diverso dal giudizio di legittimità costituzionale, sta lentamente mutuando alcuni tratti caratteristici da questo.

I prossimi commentatori dei conflitti tra i poteri dello Stato, magari appoggiandosi sui dati e sugli spunti di Veronesi, non potranno eludere di interrogarsi sulla unicità della giurisdizione costituzionale e sulla trasmigrazione e riutilizzazione di categorie in un giudizio o in un altro, ed alla fine sul ruolo del conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato nella forma di governo e nel sistema delle fonti.

Replica

di *P. Veronesi*

Non so se quanto ribadirò, nella scia delle puntuali osservazioni di Andrea Pisaneschi, sia in tutto e per tutto assorbito dalle pagine del mio libro; di certo, quest'ultimo ha rappresentato una tappa fondamentale nel mio personale approfondimento del tema sempre più attuale dei conflitti interorganici. Sono peraltro consapevole che quanto qui avrò l'opportunità di precisare, ad esso è indissolubilmente legato ma anche (forse) leggermente distante. In pratica, avverto che i temi del libro hanno continuato a vivere dopo la sua stesura, a meglio chiarirsi, a sfuocarsi in alcuni punti, a meglio mettersi a fuoco in altri e così anche (credo) a mutare qualche tratto della loro fisionomia. Del resto, un libro (come una disposizione di legge; altri dice come un figlio) possiede una vita propria; dopo essersi staccato da chi l'ha prodotto esso si inserisce nel circuito dell'interpretazione e quasi sempre, almeno un poco, trasforma ed è trasformato.

È assolutamente fondato quanto precisa, in apertura, Pisaneschi. L'analisi «sezionale» della giurisprudenza mi è sembrata (e tuttora mi appare) la strada giusta per affrontare il tema dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Questa competenza della Corte interviene infatti in uno spazio sostanzialmente vuoto di norme disciplinanti, nello specifico, l'istituto e i suoi momenti di emersione. Non entro nel merito della *quaestio* se ciò sia un difetto o un pregio; mi limito a riscontrare un dato di fatto che impone un'evoluzione, per così dire, da *common law* della giurisprudenza costituzionale sul punto. Un tale sviluppo non significa certo inneggiare all'anarchia delle forme o delle sostanze; richiede e necessita invece un'analisi per linee interne della giurisprudenza della Corte, alla ricerca delle *rationes iudicandi* e degli *itinera* logici più frequentemente battuti, della loro razionalità e compatibilità giuridico-costituzionale, della loro forza persuasiva, della loro interscambiabilità. Ed è proprio quello che ho cercato di tracciare.

Pisaneschi giustamente si pone il problema di individuare il «filo rosso» che lega le diverse strategie utilizzate dalla Corte nel giudicare i conflitti che fanno perno sul «cattivo esercizio» del potere. Le tracce che, a tal proposito, egli individua, credo emergano – almeno, questa era la mia intenzione – anche dalla lettura del libro; su di esse, pertanto, concordo pienamente. E così ritengo di confermare la tripartizione – efficacemente riassunta da Pisaneschi – mediante la quale ho raccolto le strategie decisorie utilizzate della Corte nella sua giurisprudenza sul «cattivo uso» del potere (sindacato "rigorosamente" esterno; "creazione" del presupposto e del parametro della decisione, sindacato sulla "pertinenza" dell'*iter* logico-giuridico adottato dai poteri chiamati in conflitto). Questa classificazione per «tipi ideali» costituisce di certo il cuore della mia ricerca. Vorrei però fugare un possibile fraintendimento. La circostanza che si trovino, statisticamente, conflitti della medesima tipologia nell'una o nell'altra delle classificazioni che ho proposto, non significa – come più volte sottolineo nel volume – che la Corte proceda per compartimenti stagni. Non si vuol dire, cioè, che, dato un conflitto avente specifici profili soggettivi e oggettivi, ne derivi automaticamente un preciso meccanismo di soluzione; prova ne sia la circostanza per cui ho ritenuto di collocare diversi conflitti su atto giurisdizionale in tutte le tre categorie classificatorie proposte. Ne è altresì conferma più generale, il fatto che, per fattispecie anche simili, la Corte faccia ricorso a diversi percorsi di soluzione, tutti peraltro accomunati dal medesimo 'faro': l'esigenza di rifuggire ogni tentazione ad entrare nel 'territorio di caccia' riservato, per precise necessità costituzionali, alle sfere di competenza esclusiva dei singoli poteri. 'Faro' che – a mio avviso – ha costantemente ed effica-

cemente guidato i pur variegati percorsi della giurisprudenza costituzionale.

Da qui l'idea che tutte queste strategie siano in realtà muri portanti di una medesima e salda costruzione. La Corte cioè usa, di volta in volta, gli strumenti che le offrono la forza di penetrazione necessaria e sufficiente a risolvere la peculiare fattispecie sottoposta al suo giudizio. Per continuare con le metafore, se la Corte si trova nella necessità di utilizzare un martello pneumatico non si accontenta di un martelletto da tappezziere. Laddove invece quest'ultimo sia più che idoneo allo scopo, lo impugnerà, così evitando inutili sprechi ed effetti anche pericolosi: che accadrebbe a chi tentasse di cesellare un diamante manovrando un maglio? In questo senso si spiegano l'apparente oscillare di certe sue decisioni, il diverso approccio a problemi apparentemente sovrapponibili, la stessa evoluzione di particolari settori della sua giurisprudenza sui conflitti (il caso dell'art. 68 Cost. è, a tal proposito, tutto un programma). Del resto, è altresì possibile che la Corte – più o meno consciamente – talvolta 'sbagli' od osi troppo (ma anche poco) a selezionare lo 'strumento' da impiegare nei singoli casi. Con tutti gli inconvenienti e gli strascichi che ciò porterà con sé.

Lo stesso settore della giurisprudenza sui conflitti in cui più evidente appare il margine di creatività che la Corte si ritaglia, rientra – a mio avviso – nella medesima prospettiva. A ben vedere, infatti, ipotizzare che, talvolta, la Corte abbia finito per 'costruire' il parametro indispensabile alla definizione delle controversie (spesso scabrose) che si trovava a decidere, è un altro modo per descrivere – traducendolo in una forma sillogistica (la quale è certo una finzione logica, ma continua a permeare quanto meno lo stile con cui la Corte redige le motivazioni delle proprie pronunce) – la c.d. tecnica del 'bilanciamento degli interessi', che quindi compare non solo nei giudizi di legittimità, ma anche (e sempre più massicciamente: il recente 'caso Previti' *docet*) nella giurisprudenza sui conflitti.

Insomma, non è affatto detto che, anche nei casi di più evidente 'creatività' della giurisprudenza costituzionale, la Corte tracimi nel 'politico'; semplicemente, essa giudica utilizzando il sillogismo come uno schermo dietro il quale cela valutazioni costituzionali di diversa struttura e natura, ma non per questo antigiuridiche. Anzi, e paradossalmente, questo stile d'intervento sembra il più consono allo 'spazio vuoto' di cui s'è detto: non può infatti sussistere un meccanismo rigorosamente sillogistico laddove difettano addirittura le norme che dovrebbero sorreggerlo. Come stabilire, sillogisticamente, e magari in via preventiva, chi sono i poteri dello Stato abilitati a sollevare o resistere in conflitto?

Da questo approdo si può raccogliere la giusta spinta per immergersi nella terza parte del libro, la quale, come sintetizza Pisaneschi, mette in luce le analogie e le differenze che si riscontrano tra la giurisprudenza sui conflitti di attribuzione e numerosi (e forse insospettati) luoghi del sindacato incidentale di legittimità. È assolutamente vero – almeno nella prospettiva che ho tracciato – che il giudizio sui conflitti di attribuzione, dopo essere stato negletto per vari decenni, quanto più è entrato nella prassi (quasi) quotidiana degli organi istituzionali, tanto più ha assorbito, riplasmandole, categorie concettuali tipiche e proprie del sindacato di legittimità. Ed è vero, si badi, pure il contrario: esistono requisiti, presupposti e tratti del sindacato incidentale (si pensi – solo per fare un esempio – al giudizio di rilevanza e al controllo operato su di esso, ed *ex post*, dalla Corte) che assumono una particolare *ratio* e coloritura alla luce della acquisizioni sul campo della giurisprudenza sui conflitti. E con ciò si ritorna al ruolo della Corte e ai tratti essenziali della sua giurisprudenza: i (solidi) nessi tra le varie competenze costituzionali – dalle più 'formalizzate' alle più 'libere' – rivelano una matrice comune e offrono ulteriori argomenti per replicare a chi, troppo avventurosamente, associa la giurisprudenza costituzionale alla sfera del 'politico'.

Recensione a C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000

di *Massimo Luciani*

1. Dopo decenni di vita piuttosto grama, la riflessione sui diritti sociali, vera Cenerentola del diritto costituzionale, ha avuto finalmente la sua zucca magica e ha fatto trionfalmente ingresso nel cortile (almeno...) del Palazzo. Negli ultimi anni gli studi sui diritti costituzionali comunemente qualificati «sociali» si sono moltiplicati, e la disattenzione di un tempo sembra cosa del passato. Basta pensare (e non me ne vorranno gli autori che non menziono) agli scritti di Ainis e Cartabia sulle azioni positive, a quelli di Pezzini e Chieffi sulla salute, al volume di Colapietro sulla giurisprudenza costituzionale in materia di prestazioni pubbliche economicamente onerose.

Può sembrare un paradosso che l'interesse della dottrina si sia ridestato nel momento in cui il paradigma europeo-continentale dello Stato sociale è stato messo in discussione, ma la verità è che proprio questa situazione di appannamento spiega e giustifica un'attenzione prima quasi sconosciuta. Certo, sarebbe stato meglio arrivare a questa fase storica di svolta (anche se non necessariamente senza ritorno...) con un patrimonio di discussione più robusto. Meglio tardi, però, che mai, e ogni progresso sulla strada di un confronto dottrinale più ampio e serrato è benvenuto. Anche in anni più lontani non erano mancati contributi importanti alla ricerca sui diritti sociali (il pensiero va soprattutto alle approfondite indagini di Manlio Mazziotti), ma non si può certo dire che su quel tema si concentrasse l'interesse dei costituzionalisti. Sembra non essere più così, oggi.

Il volume di Carmela Salazar si inserisce in questo nuovo filone di studio, e lo fa con piglio deciso, non sottraendosi alle questioni di maggiore impegno teorico e al compito di prendere posizioni chiare su di esse. Per questo è un libro *discutibile*, nel senso (buono) che merita di essere discusso, perché stimola in chi lo ha letto la voglia del confronto con chi lo ha scritto. Se confronto ha da essere, peraltro, è inevitabile che si appunti prevalentemente sui punti di dissenso o di perplessità, ma questo, ovviamente, fa parte della logica del giuoco e non comporta affatto un apprezzamento negativo.

2. Ho trovato, nel libro, un duplice *incipit* (due *incipiunt*, potremmo dire?). Il primo sta *in capite* dell'introduzione; il secondo *in capite* del primo capitolo.

Muoviamo dall'introduzione. Qui si esordisce rilevando l'esistenza di grandi processi storici che «promettono (o minacciano) di produrre *grandi cambiamenti* sugli assetti istituzionali delle democrazie occidentali» e si menzionano, specificamente, la globalizzazione e l'integrazione europea. L'osservazione è ineccepibile, perché le alterazioni principali che questi fenomeni determinano riguardano, per un verso, il funzionamento dei meccanismi di legittimazione e di decisione democratica, e per l'altro i livelli e le modalità di protezione dei diritti sociali, che interessano l'Autrice. Proprio perché ineccepibile, tuttavia, essa meritava di essere sviluppata, ma, a parte qualche accenno qua e là (magari per parlare, in chiusura, del «processo costituente» europeo, che – come mi è capitato più volte di dire – non so cosa sia), non ne ho trovato una ripresa significativa. Ho la curiosità, quindi, di sapere cosa abbia determinato l'abbandono della pista di ricerca aperta proprio con le prime parole del volume.

Il secondo *incipit*, invece, viene espressamente riconosciuto come «ideale punto di partenza per ogni riflessione sulla interpretazione e ricostruzione dei diritti sociali nell'ordinamento italiano», e, di fatto, costituisce anche il punto di partenza dell'indagine di Salazar. Si tratta di un passaggio della sent. n. 26 del 1999, che viene riportato integralmente, e che anche io ritengo opportuno riprendere qui: «*Al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non*

accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione dinanzi alla quale esse possano essere fatte valere».

La scelta di questo passaggio è felicissima, perché in esso si addensano nodi problematici di eccezionale complessità. La Corte costituzionale, si sa, ha sempre distinto tra il *côté* sostanziale e il *côté* processuale dei diritti. Sono numerosissime le pronunce nelle quali il richiamo, quale parametro, dell'art. 24 Cost. è dichiarato inconferente in quanto la *quaestio* attiene alla sostanza del diritto e non alla sua garanzia processuale. Queste pronunce, tuttavia, non hanno smentito il legame tra i due profili (sul rapporto tra situazione sostanziale e tutela giurisdizionale, v. già sentt. nn. 8 del 1962 e, più ancora, 43 del 1964), legame che viene squadernato nella sua pienezza dalla sentenza ora citata. Certo, le forme di tutela giurisdizionale possono essere le più varie (il legislatore, è stato detto dalle origini, gode di amplissima discrezionalità nella determinazione dei *tipi* di processo: «*Le modalità dell'esercizio* [del diritto di difesa] *sono regolate secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, senza che le modalità stesse feriscano o menomino l'esistenza del diritto*», si legge nella sent. n. 46 del 1957 e poi in numerosissime altre). Certo, anche la tutela giurisdizionale può anche avere varie gradazioni, né è indispensabile che sia sempre assicurata, ad esempio, la tutela d'urgenza (come si è affermato di recente, «*l'adeguata tutela dei propri diritti, attraverso la possibilità riconosciuta a tutti di agire in giudizio, non esige come soluzione obbligata per il legislatore, né l'indifferenziata sospensione* ope legis *della esecuzione per il fatto dell'impugnazione, né una graduazione o frazionamento della esazione coattiva*»: sent. 30 dicembre 1999, n. 464). Tuttavia, la tutela giurisdizionale è concepita come logicamente *implicata* dalla natura di «diritto» della situazione fatta valere, situazione che non può esserne privata.

La conseguenza di questa implicazione non è, però, unidirezionale. A tutta prima, essa parrebbe comportare una conseguenza assai piana: ogni volta che abbiamo una situazione giuridica qualificata come diritto dall'ordinamento (e, quindi, anche e soprattutto dalla Costituzione) deve essere riconosciuta la sua tutela giurisdizionale. In questo modo si esalterebbe la normatività immediata delle prescrizioni relative ai diritti, comportandone l'azionabilità e (nella maggior parte dei casi) la *Drittwirkung*.

Potrebbe valere, però, anche la reciproca: ogni volta che manca la tutela (la tutelabilità) giurisdizionale avremmo di fronte una situazione soggettiva che diritto non è, ovvero – addirittura – un *quid* che non è nemmeno una situazione soggettiva giuridicamente significativa.

Salazar coglie bene il rischio che un *esprit maltourné* possa leggere il principio di implicazione nel secondo verso (a rovescio) e non nel primo (a dritto). In effetti, questa operazione è stata ampiamente praticata dalla giurisprudenza comune nei primi anni della Repubblica, ed è occorsa tutta la robustezza teorica delle conclusioni crisafulliane sulle norme precettive e programmatiche (oltre che la trasformazione delle condizioni politiche del Paese) per batterla in breccia. Oggi le cose appaiono profondamente mutate, ma il sentimento della perdurante minorità di certi diritti (in particolare, dei diritti sociali), deprivati della piena azionabilità giudiziale, è ancora avvertibile.

La lettura che il principio di implicazione trova in questo libro, invece, è esattamente opposta, e punta all'individuazione delle maggiori potenzialità dei vari diritti sociali nei termini della loro tutela giurisdizionale. La condivisibile premessa di questo sforzo, però, è che i diritti sociali non appartengano ad una categoria unitaria dal punto di vista della loro *struttura* (cfr. p. 15), sicché la ricostruzione delle modalità di tutela giurisdizionale va fatta con il microscopio, e non con il grandangolo. Ogni

diritto sociale (anzi: ogni aspetto di ciascun diritto sociale) gode di forme di protezione differenziate (spesso coincidenti con quelle di molti diritti di libertà), mentre resta impossibile identificare un modello generale di tutela.

3. Condivido molto la conclusione, un po' sconsolata, dell'analisi della giurisprudenza costituzionale. È verissimo, infatti, che «non è possibile individuare una direzione univoca nello sviluppo della giurisprudenza globalmente considerata» (p. 92).

La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali è sempre stata fortemente condizionata dal contesto politico ed economico, soprattutto quando si è trattato di decidere questioni che coinvolgevano prestazioni pubbliche di notevole impegno finanziario. In tempi di vacche grasse si è largheggiato, mentre nei momenti di crisi o di difficoltà economica la protezione dei diritti sociali particolarmente costosi si è ridotta. Sul piano dei paradigmi di giudizio, gli ultimi anni ci consegnano il sempre più frequente richiamo alle esigenze di bilancio, al principio di equilibrio, alle compatibilità economico-finanziarie.

Si tratta di princìpi più stringenti (e limitativi) di quello che – pure – era normalmente evocato anche negli anni di maggiore attivismo, quando si assoggettava il soddisfacimento dei diritti a prestazione al temperamento della «gradualità» nell'apprestamento dei necessari mezzi finanziari pubblici. Oggi si è determinata una vera e propria alterazione dei termini del bilanciamento operato dal giudice costituzionale, poiché al valore del diritto soggettivo (qualificabile come sociale) si è affiancato il valore dell'interesse oggettivo alla salvaguardia delle compatibilità finanziarie. Per riprendere un modello ricostruttivo affermatosi nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca e poi divenuto comune anche da noi, si può dire che il principio di gradualità imponeva soltanto un giudizio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) e non eccessività (*Übermaßverbot*), mentre la scoperta di un nuovo valore costituzionale da ponderare richiede una modificazione della struttura del giudizio costituzionale (costretto ad assumere le forme del bilanciamento) e dei suoi esiti (meno favorevoli alla situazione di diritto soggettivo).

Questa vicenda viene ben ricostruita nel volume di Salazar, che percorre la giurisprudenza costituzionale ponendo in luce i passaggi più significativi della sua evoluzione, pur – come abbiamo visto – intimamente contraddittoria e non lineare. È condivisibile, infine, che un rilievo particolare sia dato alla giurisprudenza sul diritto alla salute, vuoi perché, di fatto, è quella che ha presentato le elaborazioni più articolate, vuoi perché il diritto alla salute, per la sua complessità strutturale e funzionale, è un autentico *punctum pruriens* di tutta la riflessione sui diritti sociali.

4. Perplessità, e a mio avviso notevoli, vengono invece dalla lettura delle pagine finali del volume, laddove si tenta l'operazione di importare nel nostro contesto ordinamentale il diritto al perseguimento della felicità. «La tutela della diversità offerta dai diritti sociali» scrive Salazar, «spinge ad interrogarsi sull'attualità del "diritto alla ricerca della felicità", epurato delle implicazioni religiose che ne giustificarono il riconoscimento da parte dei coloni americani … e "laicamente" riferito alla "libertà di progettare la propria vita individuale e familiare, di perseguire i propri scopi e coltivare felicità e conoscenza alla luce della propria visione delle cose" [la citazione è ripresa da un noto saggio di Thomas Nagel]» (p. 168).

Il tentativo riposa esplicitamente su due premesse. La prima è che, in un mondo fitto di «visioni del mondo antitetiche», il diritto alla ricerca della felicità sia il solo diritto (o uno dei pochi diritti?) «veramente universale». La seconda, che, nonostante il suo mancato riconoscimento esplicito nella Costituzione italiana, quel diritto potrebbe ritenersi implicato dalla previsione della «esistenza libera e dignitosa» di cui all'art. 36, e dal riferimento del secondo comma dell'art. 3 al «pieno sviluppo della persona umana».

Francamente, né le premesse né le conclusioni mi convincono.

Anzitutto, è ben difficile depurare un fondamentale diritto costituzionale dalle sue motivazioni più profonde e dal suo radicamento storico. Ancor più difficile è questa operazione nei confronti di un diritto così fortemente caratterizzato come quello al perseguimento della felicità. Quando Benjamin Franklin, Thomas Jefferson e gli altri cinquantaquattro firmatari sottoscrissero la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti, al *right to the pursuit of happiness* era ricondotto un ben preciso significato normativo. Per un verso, esso atteneva alla dimensione dei meccanismi di legittimazione politica, in quanto evocava un principio di autodeterminazione personale che implicava la necessità di una legittimazione democratica del potere. Per altro verso atteneva alla sfera dei rapporti tra potere politico e individui.

Qui, lo sguardo va portato un po' più in profondità. Sempre nella Dichiarazione di indipendenza si afferma che il nuovo governo che si sta instaurando sarà il migliore per il popolo, in quanto «il più atto a garantire la sua Sicurezza e la sua Felicità». La coppia sicurezza – felicità non è affatto casuale: il potere politico è concepito come garante della *sicurezza*, e proprio e solo se si contiene entro tali limiti permette al singolo di perseguire la *felicità*. Il potere pubblico, insomma, ha il compito di assicurare il libero godimento di certi beni essenziali (vita e proprietà), ma resta estraneo al dominio della felicità e delle sue condizioni, lasciato interamente all'autodeterminazione del singolo. Come ha dimostrato ampiamente Charles Beard, la Dichiarazione e la Costituzione recano l'impronta del ceto proprietario che le redasse, e anche nel diritto al perseguimento della felicità lo si percepisce chiaramente.

Ora, questa impostazione è totalmente estranea alla Costituzione repubblicana. La tutela del «pieno sviluppo della persona umana» non può essere minimamente confusa con la garanzia del diritto al perseguimento della felicità, per il semplice fatto che quella tutela è prevista dal secondo comma dell'art. 3, che non solo non confina lo Stato (la Repubblica) nel dominio della sicurezza, ma lo proietta attivamente in quello della determinazione delle condizioni di fatto perché la persona possa, in concerto, trovare il proprio sviluppo. Dire che il pieno sviluppo della persona sia «uno stato vicino a quello identificabile con la felicità» (p. 169) non è sufficiente. A parte gli ulteriori dubbi sul richiamo alla felicità in sé, che subito esporrò, non mi sembra consentito operare interpretazioni fondate sulla decontestualizzazione, quando proprio nell'interpretazione costituzionale la relazione di contesto è essenziale per la ricostruzione dei significati.

Non basta. La Costituzione italiana è assai più avveduta e precisa della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti. Mentre quest'ultima fa riferimento ad uno *stato* (improbabile e opinabile) di felicità, la prima immagina un *processo* (realistico) di sviluppo della persona. Mentre il primo è concepito come un punto di arrivo, il secondo, proprio in quanto processo, è destinato a non arrestarsi mai, sicché sono inesauribili tanto l'impegno di ciascuno in questa direzione, quanto l'impegno della Repubblica nell'abbattimento degli ostacoli sociali che rallentano od ostacolano il processo. Nemmeno il più narcisistico degli ottimisti potrebbe affermare d'aver sviluppato *pienamente* la propria persona, e questo la Costituzione lo sa. La sua apertura dinamica, la sua vocazione pluralista, vengono esaltate e rotondamente squadernate dalla felice formulazione dell'articolo 3. Né si potrebbe opporre che anche il diritto al *perseguimento* della felicità (che non equivarrebbe al diritto alla felicità *tout court*) avrebbe esso pure una connotazione dinamica. La felicità resterebbe pur sempre uno stato (finale), mentre la persona è una pluralità di stati successivi, caratterizzata dalla *storia*. Non è possibile, dunque, parafrasare il pieno sviluppo della persona con il diritto al perseguimento della felicità, perché diversi ne sono i presupposti, le conseguenze, la normatività.

Non basta ancora. L'ambiguità di ogni riferimento alla felicità è abbastanza evidente, e non si avverte la necessità di sostituire il (relativamente) preciso lessico costituzionale con una terminologia importata e alquanto equivoca. Per giunta, nel dibattito economico odierno la felicità viene frequentemente tradotta con il *welfare* (nel senso proprio di ben-essere), e collocata al centro delle teorie della redistribuzione e della *public choice* (cfr. Yew-Kwang NG, *Efficiency, Equality, and Happiness: on the Ethical Foundation of Public Policy*, in *SSRN Electronic Library*, spec. 3). Con conseguenze di notevole importanza in termini di qualificazione e quantificazione della felicità, che, se deve essere misurabile, deve essere sottratta alla disponibilità definitoria dell'individuo, e in qualche misura oggettivata. L'evocazione della felicità, insomma, che – mi sembra – Salazar propone allo scopo di esaltare il momento dell'autodeterminazione individuale e della libertà, corre il rischio di produrre risultati esattamente speculari.

5. L'obiezione più radicale, comunque, è che non è consentito all'interprete sostituire una statuizione costituzionale, che possiede una sua specifica normatività, con una statuizione costituzionale diversa, che non ha trovato positivizzazione nel nostro ordinamento. In ogni caso, anche come strumento ermeneutico il richiamo al diritto al perseguimento della felicità non si dimostra di grande utilità. Il campo di prova è offerto dalla stessa Autrice, laddove si interroga sull'esistenza o meno di un diritto alla mutilazione del proprio corpo, che potrebbe spettare agli appartenenti ad un gruppo sociale minoritario, che la mutilazione approvi o pretenda. L'esempio è quello dell'infibulazione.

Ora, a mio parere qui non si tratta di ragionare del diritto alla felicità del singolo e del diritto all'identità del gruppo (p. 174), ma semplicemente di richiamarsi (come del resto fa la stessa Salazar) al limite costituzionale fondamentale della *dignità* di tutti gli individui.

Già in altra occasione mi era capitato di interrogarmi sul problema dei limiti dell'apertura della società pluralista ai modelli comportamentali che esulano dalla norma e che, in particolare, fanno riferimento a culture (in genere di immigrati) diverse da quella dominante. A questo proposito, mi sembra che si possa osservare quanto segue.

Una società fondata sul relativismo etico non è, per questo, una società priva di valori. Semplicemente, si tratta di una società che, all'esito di una libera ricerca, si riconosce in certi valori giuridicamente positivizzati, con la pretesa di tutelarli e affermarli, ma senza quella di considerarli assoluti. Ora, si tratta di vedere se tali valori siano in qualche modo negoziabili o derogabili.

Non c'è dubbio che vi possano essere comportamenti, suggeriti da culture diverse da quella nazionale (ammesso, peraltro, che di «cultura nazionale» sia possibile dare una definizione inequivoca), che non sono in armonia con i valori costituzionali, sicché si tratta di capire in che misura possano essere tollerati o addirittura apprezzati come manifestazione di quella diversità della quale il pluralismo si nutre. Il punto, infatti, è che anche l'ordinamento di una società pluralista conosce dei limiti alla tolleranza.

Anzitutto, per poter funzionare, il pluralismo richiede comunque l'accettazione di certi valori fondamentali (costituzionali) da parte di una larga maggioranza dei soggetti dell'ordinamento (F. Gross, *Toleration and Pluralism*, ne *Il Politico*, 1985, 201). Se non vi è questa accettazione largamente maggioritaria, evidentemente, il tessuto pluralista si lacera, o – quantomeno – si sgretola il concreto ordine costituzionale nel quale il pluralismo si struttura (vi sarà, dunque, un passaggio ordinamentale). Il problema, allora, riguarda solo l'ipotesi del dissenso minoritario che non metta in discussione il principio del sostegno della «larga maggioranza».

Così limitata la questione, si può parzialmente concordare, anzitutto, con chi rileva che «lo spazio dell'inclusione delle istanze, e dei soggetti che se ne fanno portatori, può trovare il proprio limite solo nella … dimensione della reversibilità delle scelte

che, tuttavia, si pone essa stessa quale esigenza endosistemica» (F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, 73). Ogni affermazione di un assoluto, pertanto, nella misura in cui impedisca la possibilità di un ripensamento, non può essere tollerata. I limiti, però, non finiscono qui.

Se (come mi sembra corretto) si accoglie la definizione dell'integrazione come «buona vita» (G. ZINCONE, *Un modello di integrazione ragionevole*, in *Primo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, 2000, 30), e cioè come un paradigma per il quale debbono essere create «le condizioni per cui le varie componenti di una società non siano troppo infelici [qui, per vero, avrei di nuovo qualche precisazione da fare] nella dimensione sociale e pubblica della propria esistenza e non abbiano atteggiamenti reciprocamente aggressivi» (*ivi*, 31), è evidente che l'ordinamento pluralista non può tollerare comportamenti che siano lesivi di quella «buona vita».

Infine, poiché il complesso dei valori costituzionali, almeno in Italia, si coagula attorno al principio della (pari) dignità della persona umana, si deve concludere nel senso che l'ordinamento pluralista non può tollerare comportamenti lesivi di quel valore. Cos'è, però, la «dignità»?

Credo che abbiamo a disposizione due risposte, non in alternativa, ma in sequenza. Come ha affermato il *Bundesverfassungsgericht* nell'interpretazione del concetto di *Würde des Menschen* (possiamo riferirci a questa giurisprudenza ai limitati fini che qui interessano, ma bisogna ricordare che gli artt. 1, par. 1, GG, e 3, comma 1, Cost. it., hanno contenuti assai diversi), la garanzia della dignità protegge anzitutto la *selbstverantwortliche Persönlichkeit* dell'uomo, e cioè la sua autodeterminazione (*BVerfGE*, 45, 228), con la conseguenza che la dignità è lesa tutte le volte in cui il soggetto viene ridotto alla condizione di mero oggetto ("*zum bloßen Objekt degradiert*": *BVerfGE*, 27,6; 228,57, 275; 69, 34; 87, 228). È evidente, però, che questa prima risposta può non essere sufficiente, perché – e non sembri un giuoco di parole – non tutti i soggetti hanno la medesima consapevolezza né la medesima concezione del loro esser ridotti ad oggetti. Occorre, pertanto, una concezione oggettiva della riduzione ad oggetto, e tale concezione non può che essere quella definita dall'ordinamento. Piaccia o non piaccia, vi è un momento eteronormativo che, nella definizione della dignità, non può mai mancare. Spetta all'ordinamento stabilire se la prostituzione, l'infibulazione o la riduzione in schiavitù siano pratiche «degne», quale che sia la posizione soggettiva di chi le vuole o le subisce. Nello stabilire i confini della dignità vi è un incomprimibile momento di discrezionalità politica, che – se si guarda con sincerità allo specchio – nessuna società aperta può negare. La garanzia che la discrezionalità non sia arbitrio la può dare solo il rispetto delle procedure democratiche e l'apertura continua al confronto culturale. Sono i princìpi del pluralismo, insomma, che ci aiutano a risolvere questioni così difficili, e il diritto al perseguimento della felicità possiamo tranquillamente lasciarlo da un canto.

La delicatezza di questo tema richiederebbe, ovviamente, ben altro spazio. Mi fermo qui, però, e attendo dall'Autrice, nella chiave – proprio – del confronto pluralistico, le legittime controcritiche al lettore delle sue stimolanti pagine.

Replica

di *C. Salazar*

1. In un ritratto di Cartesio eseguito nel 1647 da Jan Baptist Weenik, il filosofo regge tra le mani un libro su cui si legge: *mundus est fabula*. L'allusione è alla riformulazione del paradosso della somiglianza tra sogno e veglia (il medesimo che ha ispirato Calderón de La Barca, Shakespeare e Borges) nella forma della nota supposizione dell'esistenza del «genio malefico» creatore di una realtà illusoria.

Per questo, che il mio libro sia capace di suscitare un parallelo con una nota fiaba, come apprendo dall'*incipit* della recensione di Massimo Luciani, mi sorprende piacevolmente: ma anche quando non si volesse dire che esso è cartesiano (ahimè, temo sia così!), resta la suggestione della scorrevolezza e della comprensibilità che in un'opera scientifica non costituiscono poi una piccola virtù. Come dire che il titolo ideale per questa mia «risposta» avrebbe potuto essere: «I diritti sociali tra Cartesio e Cenerentola».

2. A proposito di *incipit*. Iniziando queste brevi righe ho volutamente percorso un cammino simile a quello intrapreso nel libro. Anche per quest'ultimo, l'*incipit* (uno solo) è un «campo lungo» che si restringe progressivamente: una scelta che mi è sembrata obbligata perché ho ritenuto doveroso ricordare che l'universo dei diritti – in particolare, quello dei diritti sociali – è esposto a profonde trasformazioni, innescate dalla globalizzazione e dal processo costituente europeo. Per inciso, ben si sa che tale ultima espressione dischiude molte e complesse implicazioni, vieppiù evidenti in questo momento di transizione (altra parola terribile): alla notoria problematicità della definizione del potere costituente si aggiunge la difficile individuazione del «nome» da dare alla «cosa» cui la metamorfosi della Comunità/Unione europea sta dando vita. Ma non credo che la semplice menzione di locuzioni controverse – che per la loro capacità evocativa non è possibile accantonare, anche nelle fasi di «assestamento» di possibili «nuovi» significati ad esse attribuibili – debba puntualmente implicare lo svisceramento delle problematiche legate alla loro interpretazione. A ragionare diversamente, il costituzionalista somiglierebbe ad uno dei frequentatori della Accademia di Lagado descritti nei viaggi di Gulliver, che partendo dal presupposto per cui ogni parola è semplicemente il nome di una cosa, «ritenevano più conveniente per chiunque portarsi addosso tutte le cose necessarie ad esprimere i particolari affari di cui vuol parlare».

In ogni caso, il mio saggio ha ad oggetto lo studio dei diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, dimensione nella quale l'indagine va condotta con il microscopio e non con il grandangolo, per usare le parole della recensione: esattamente l'approccio opposto, mi pare, a quello che dovrebbe guidare chi si interroghi circa le conseguenze sull'universo dei diritti prodotte o producibili dalle «mutazioni» tuttora in corso, sulle quali mi sono soffermata altrove. Forse, se avessi mescolato i due piani, l'*incipit* della recensione avrebbe pur sempre contenuto un parallelo con una fiaba, ma con il labirintico racconto delle avventure di Alice nel paese delle meraviglie e attraverso lo specchio (anche se, a rigore, non credo che l'opera di Carrol possa definirsi una fiaba vera e propria, apparendo piuttosto come il *divertissement* di un amante dei paradossi e degli scacchi).

3. Mi stupisce, invece, l'attenzione rivolta al breve *excursus* conclusivo da me dedicato al diritto alla ricerca della felicità: sarà che, come dice Umberto Eco, l'*intentio operis* a volte si distacca dall'*intentio auctoris* e la sopravanza.

Senza poter ripercorrere per intero il ragionamento sviluppato nel libro, mi limito a qualche precisazione sui punti evidenziati da Luciani.

Leggendo l'art. 3, secondo comma, Cost.,

si ricava che ciascuno può coltivare se stesso sino allo stadio di pienezza che giudichi sufficiente: il narcisista ottimista, di cui parla la recensione, come il pessimista depresso, e se nessuno dei due, per opposte ragioni, sentirà mai di avere raggiunto un grado soddisfacente di realizzazione, ciò resterà, in linea di principio, affar loro. Ciò, pero, è quanto la norma *non* dice. Quel che la norma dice, invece, è che il «pieno sviluppo» delle persone può – ed anzi, *deve* – costituire oggetto di interessamento da parte della Repubblica (dunque, anche da parte dei poteri pubblici): ma solo quando esso non possa essere perseguito dai singoli a causa di ostacoli di ordine economico e sociale. L'art. 3, secondo comma, Cost. assume che qualunque sia la configurazione immaginabile da parte di ognuno per tale stato ideale, il cammino verso di esso divenga impossibile da seguire se per ragioni economiche e sociali si realizzano limitazioni della libertà e dell'uguaglianza delle persone, che incidano sulla partecipazione all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese. La disposizione lascia intendere che: *a*) il «pieno sviluppo» è lo stato di *benessere ideale* verso cui tende ogni persona; *b*) la situazione in cui si concretizzino ostacoli di ordine economico e sociale che limitino la libertà e l'uguaglianza ed escludano dalla partecipazione all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese, minaccia tale attitudine «naturale», sicché – la suggestione è questa – l'eliminazione degli impedimenti non può che corrispondere alle esigenze di coloro che versano in tale stato di *deminutio*.

La norma, pertanto, presume che il «pieno sviluppo» dipenda dall'esercizio dei diritti costituzionali (semplificando all'estremo, libertà, uguaglianza e partecipazione identificano i valori intorno a cui si strutturano, nell'ordine, i diritti inviolabili, quelli sociali e quelli politici). In realtà, la Costituzione non esclude che esso sia perseguibile persino attraverso la rinuncia all'esercizio degli stessi, purché ciò risulti frutto di una libera scelta e non produca danno ad altri (mi si perdonerà se non sviluppo ulteriormente questa affermazione, che richiederebbe un chiarimento sui concetti di «libera scelta» e di «danno», come pure un approfondimento sui limiti alla disponibilità dei diritti riconosciuti dalla Carta, entrambi impossibili in questa sede). L'intervento «salvifico» della Repubblica è *dovuto* solo quando il soggetto si trovi a subire tale perdita, per di più nella logica «eccezionale» che governa il principio di uguaglianza sostanziale: si riduce, così, il rischio che le iniziative possano essere considerate come «invasive» e «paternalistiche», anche se non viene del tutto eliminato, come dimostrano le reazioni di molte associazioni femminili dinanzi alle azioni positive in favore delle donne, specie di quelle in materia elettorale. Tuttavia, mi sembra che la formulazione della disposizione lasci poco spazio ad interpretazioni differenti, una volta che si abbandoni la lettura «evoluzionistica» del principio di uguaglianza sostanziale per cui esso contemplerebbe la prefigurazione dell'«ascesa» delle fasce di popolazione storicamente emarginate (G. Silvestri).

Il parallelo con il diritto alla ricerca della felicità nasce da tale lettura dell'art. 3, secondo comma, Cost., in cui il diritto a inseguire la propria espansione di sé – anch'esso … rinunciabile – è posto a fondamento del dovere della Repubblica, in tutte le sue componenti, di monitorare costantemente la permanenza di condizioni «ottimali» di libertà ed uguaglianza, per attivarsi quando tale equilibrio si spezzi.

Si tratta di un diritto implicito, privo di un espresso ancoraggio testuale: ma questo non può certo destare scalpore, non solo perché non sarebbe l'unico, ma anche perché devono essere tenute presenti le caratteristiche di permeabilità del linguaggio costituzionale (anche) rispetto alle suggestioni provenienti da altri sistemi normativi. Oltre a ricordare, in via antonomastica, le vicende del diritto alla *privacy*, si pensi alla «bidirezionalità» nello scambio tra ordinamenti nazionali ed ordinamento europeo, ed ancora all'influenza sul «diritto vivente costituzionale» delle norme poste nelle carte internazionali dei diritti – in particolare, della Cedu – cui la Corte italiana sovente si

rivolge per rafforzare i propri argomenti, pur senza abbandonare la tesi che nega alle stesse l'estensione del meccanismo dell'adattamento automatico.

Che poi categorie e concetti propri di altri ordinamenti non possano incardinarsi nel nostro se non sono caratterizzati da una intrinseca capacità di armonizzarsi rispetto ai «nuovi» valori con cui entrano in contatto, non c'è dubbio: ed è su questo punto, più che su ogni altro, che deve concentrarsi l'attenzione. Tanto per fare un esempio, non è sulla nuda e cruda constatazione che il *due process of law* o il *fair trial* abbiano visto la luce in un sistema processuale e giudiziario profondamente differente dal nostro che si potrà contestare la novella dell'art. 111 Cost., all'evidenza ispirata al V ed al VI emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, oltre che all'art 6 della Convenzione di Roma del 1950. Peraltro, ancor prima della l. cost. n. 2 del 1999, i princìpi del «giusto processo», hanno ispirato una copiosa giurisprudenza costituzionale, ma non si è mai pensato che l'evocazione di tale formula fosse inammissibile in ragione della connotazione della Carta americana come prodotto del «ceto» che l'ha redatta ovvero che si fosse obbligati alla ricezione di aspetti incompatibili con il nostro ordinamento. Alla stessa stregua, il parallelo tra il perseguimento del «pieno sviluppo» ed il diritto alla ricerca della felicità non equivale a predicare il dissolvimento della tavola dei valori della Costituzione italiana e la sostituzione con quelli dei rivoluzionari americani.

Il fatto stesso che tale parallelo nasca dalla lettura di un principio «innovativo» come quello di uguaglianza sostanziale, esclude possa essere così. Inoltre, il campo con riguardo al quale nel libro si è riflettuto sul diritto alla ricerca della felicità è quello dei problemi legati al multiculturalismo, in connessione con l'arricchimento apportato ai cataloghi introdotti dalle Carte settecentesche dal riconoscimento costituzionale dei diritti sociali: essi guardano alla diversità socio-economica, a quella culturale ed a quella biologica (che involge anche quella legata al sesso), ragion per cui – oltre a contribuire alla «trasformazione» in persona dell'individuo astratto delle dichiarazioni rivoluzionarie – si caratterizzano per la capacità di offrire tutela alla diversità che chieda il proprio riconoscimento.

In particolare, si prestano a tale scopo i diritti dei genitori riguardo all'istruzione ed all'educazione dei figli, il diritto alla conquista del proprio *standard* ideale di benessere psico-fisico ed il diritto di enti e privati di istituire scuole di ogni ordine e grado. Pur non essendo pensati come diritti polietnici, vale a dire quali situazioni volte a consentire la creazione di «cittadinanze differenziate» per le minoranze etnico-culturali stanziate entro le mura delle società democratiche (secondo la definizione di W. Kymlicka), questi possono essere invocati ed utilizzati dalle stesse al fine di conservare le proprie tradizioni, specie sul versante della sfera interna dei rapporti familiari, sovente improntati ai valori delle società patriarcali.

Al fine di sgomberare il campo da ogni equivoco, ribadisco quanto sostenuto nel libro sul fatto che definire la nostra Costituzione come democratica e tollerante non significa che essa esprima «uno sguardo da nessun luogo», per riprendere il titolo di un saggio di T. Nagel, poiché la dignità della persona deve essere considerata il punto archimedico dell'ordinamento, ciò che può essere definito l'assoluto costituzionale (G. Silvestri; A. Ruggeri-A. Spadaro). Per inciso, questo implica che possano darsi bilanciamenti da cui, in singoli casi, scaturiscano sacrifici totali dei valori in conflitto a vantaggio di uno o di alcuno fra essi (su questo punto mi sembra che la recensione si esprima diversamente): tendenzialmente, il bilanciamento dovrebbe realizzare soluzioni «miti», ma questo non è possibile quando il conflitto si esprima in termini di *aut-aut*, per cui una delle possibili soluzioni si afferma solo come sacrificio totale dell'altra (o delle altre).

E nessuna «mitezza», infatti, guida il bilanciamento nell'ipotesi dell'infibulazione sulle bambine ed adolescenti immigrate, indipendentemente dal fatto che queste

stesse la accettino perché – come sovente avviene – la considerino una condizione per la loro felicità futura: nel 1998 il Comitato nazionale per la bioetica ha affermato che essa deve essere ritenuta inammissibile sotto ogni profilo ed un anno dopo il Ministro della sanità ne ha espressamente vietato l'effettuazione nelle strutture ospedaliere, configurando la possibilità di applicazione delle norme penali sulle lesioni ai trasgressori (in Gran Bretagna, invece, sono state varate apposite fattispecie di reato). Peraltro, tali determinazioni prescindono dalla presentazione della concezione occidentale della «vita buona» come intrinsecamente superiore ad ogni altra, ma piuttosto fanno leva sulla natura oggettivamente non terapeutica ed anzi fortemente dannosa della mutilazione, come sulla configurazione dei diritti dei genitori sui figli minori quali diritti-doveri che trovano nell'interesse di questi ultimi la loro funzione ed il loro limite (così ritiene la nostra Corte costituzionale, che peraltro fa rientrare nell'interesse del minore il «diritto al pieno sviluppo della sua personalità»: sent. n. 132/1992). Un'uguale intransigenza dovrebbe ispirare la reazione dinanzi a consuetudini quali, ad es., l'infanticidio delle femmine, più diffuso di quanto si pensi.

Le cose cambiano dinanzi a prassi meno cruente, come l'uso del *chador* o la poligamia, con riguardo alle quali può trovare spazio l'evocazione del diritto alla ricerca della felicità: ma non nel senso in cui ciò potrebbe essere inteso in una visione *communitarian*, per cui essendo il soggetto definito dal proprio ambiente, e ricevendone la sua dignità e felicità, non può essere considerato indipendentemente da esso (sul punto mi limito a rinviare ai contributi di AA.VV., in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2000, tra cui v. spec. quello di E. Dieni). Tale prospettiva consentirebbe che all'interno del gruppo si possano adottare tutte le pratiche che consentono la perpetuazione dell'identità culturale minoritaria, compresa l'infibulazione, senza peraltro che sia chiaro come affrontare il problema della risposta da offrire all'eventualità che assumano rilievo «esterno»: ad es., qualora i genitori richiedano che la mutilazione sia eseguita nelle strutture sanitarie dello Stato ospitante.

Sul versante opposto si collocano invece le posizioni di quanti ritengono che la promozione delle condizioni idonee a permettere agli appartenenti alle minoranze «di conservare e sviluppare la loro cultura, nonché di preservare gli elementi essenziali della loro identità» (art. 5.1. della *Convenzione quadro per la protezione delle minoranze culturali*, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1995 e resa esecutiva in Italia con l. n. 302/1997) sia imprescindibile nelle democrazie pluraliste, ma che essa debba fondarsi sul giudizio di «omologabilità» rispetto alla tradizione occidentale, ragion per cui le tradizioni che non superino tale *screening* dovrebbero essere espressamente vietate. Queste tesi, come quelle che prospettano la possibilità di escludere dall'estensione dei diritti costituzionali l'immigrato «estraneo» in quanto «appartenente ad una cultura fideistica e teocratica che non separa lo Stato civile dallo stato religioso e che riassorbe il cittadino nel credente» (C. Sartori), finiscono in sostanza per predisporre una politica di assimilazione subdola, spingendo le minoranze a liberarsi degli usi più distanti dalla visione del mondo occidentale ovvero a praticarli clandestinamente.

Le soluzioni ora illustrate si presentano sbilanciate, le une proponendo il massimo *favor* del c.d. «diritto alle radici» delle minoranze in nome del pluralismo, le altre prospettando limiti stringenti alla tolleranza in nome dei diritti dei singoli. Una tesi intermedia può essere ricostruita riconoscendo che non è possibile obliterare del tutto il fatto che presso i gruppi strutturati come società patriarcali, la condizione femminile è tale che le donne stesse attribuiscono un valore particolare all'appartenenza, di modo che ai loro occhi (oltre che a quelli degli altri componenti la minoranza), l'adesione alle consuetudini ancestrali conferisce identità, realizzazione e felicità. In questi casi, il nostro modo di ragionare entra in una specie di corto circuito: per un verso, in culture lontane dalla nostra viene meno la sussunzione dei diritti costituzionali tra le condi-

zioni del «pieno sviluppo» della persona (ed anzi, per come da noi viene inteso, non è detto che questo stesso sia considerato un valore: l'«umanità all'opera di se stessa» è lo *slogan* che ha accompagnato l'ingresso nella modernità, come sostiene M. Gauchet); per l'altro, i soggetti discriminati, le donne, non considerano sempre la propria come una situazione di «malessere», esigendone anzi la conservazione e sostenendo di farlo liberamente, come molte ricerche condotte in questo campo testimoniano.

Ritornando al discorso sopra svolto, prima ancora di parlare di «diritto alle radici» di cui sarebbe titolare il gruppo, si può ricordare che ordinariamente ciascuno ha il diritto di determinarsi come meglio crede in merito al senso da dare alla propria vita, anche pervenendo a situazioni di «infelicità». Il diritto alla ricerca della felicità (uno dei pochi veramente universali) delle donne appartenenti alle minoranze a struttura patriarcale può dunque legittimare – in linea di massima – la «sospensione del giudizio» dinanzi ad usi che entrino in conflitto con l'*ethos* dei diritti dell'uomo, almeno sino a quando non sia evidente che l'adesione ai medesimi non è libera, in quanto non pienamente consapevole perché i soggetti coinvolti sono in tenera età e/o l'adesione sia la risultanza di una vera e propria violenza, come nel caso dell'infibulazione.

Ovviamente, bisognerà di volta in volta calibrare tale «sospensione del giudizio», specie nei Paesi come il nostro, in cui la consistenza del fenomeno immigratorio non abbia ancora spinto alla predisposizione di specifiche regole, come – ancora una volta – in Gran Bretagna, ove si nega espressamente valore legale al divorzio *talaq*, in cui il marito musulmano ripudia unilateralmente la donna dicendo semplicemente tre volte «ti ripudio». In riferimento alla poligamia, ad es., in Italia si registrano orientamenti giurisprudenziali differenti riguardo alla possibilità che l'immigrato extracomunitario di religione islamica possa esercitare il diritto al ricongiungimento familiare nei confronti di ognuna delle mogli, mentre con maggiore univocità quelli sul ripudio unilaterale negano recisamente che questo possa essere esercitato nel nostro Stato.

Per vero, resta un'ombra sulla effettiva libertà e spontaneità dell'adesione alle consuetudini ancestrali, specie a quelle relative ai rapporti matrimoniali ed, in genere, familiari, a causa del condizionamento esercitato dall'educazione, ma anche dal timore della riprovazione sociale e delle «sanzioni» in caso di «ribellione». Alla luce di tale precisazione, si possono immaginare *hard cases* dalla soluzione complessa: si pensi alla difficoltà di individuare la reazione «giusta» dinanzi al *suttee* indiano, vale a dire il suicidio rituale della vedova che, per testimoniare la propria devozione, si fa cremare insieme al cadavere del marito: probabilmente, qualora si registrassero casi del genere anche da noi, sarebbe forte la tentazione di non «sospendere il giudizio» e di verificare l'applicabilità delle norme penali sull'istigazione al suicidio nei confronti dei familiari, nelle ipotesi in cui – e sembra ciò non avvenga di rado – si possa immaginare che questi abbiano contribuito, sia pure senza giungere alla coercizione fisica, a indurre le loro parenti all'ossequio verso tale macabro rito.

Per questo, le società democratiche dovrebbero mantenere vivo il dibattito pubblico sul punto e promuovere forme di accoglienza e di integrazione delle minoranze che consentano il dialogo interculturale: anche se la meta della sublimazione di pratiche come l'infibulazione in riti simbolici, prospettata dal Comitato di bioetica ed, in generale, quella della nascita di movimenti emancipatori all'interno dei gruppi che impongono i vincoli più pressanti, in conseguenza della diffusione del valore dell'autonomia personale, non costituiscono certo obiettivi di breve periodo.

Mi rendo conto di avere indirizzato gran parte della mia replica su implicazioni del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali forse non troppo «vicine» al tema centrale del libro, ma in certo senso vi sono stata «costretta» dalle acute notazioni del recensore: mi auguro, almeno, che l'esito sia stato … felice.